

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

مستخرج من مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية
العدد العشرون - العدد الثاني

الاصدار الثالث ١٩٩٠



بسم الله الرحمن الرحيم

مبدأ ضرورة سير السلطات العامة
بانتظام واطراد وآثار الأحكام
فى المسائل الدستورية

الدكتور

سامى جمال الدين

الأستاذ المساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

تقديم :

من المسلم به فى عالم اليوم أن العلاقات المنظمة باتت ضرورة أولية من ضرورات الحياة الإنسانية على مختلف أشكالها ومستوياتها ، حيث يتبلور مفهوم الحياة الاجتماعية من خلال تنظيم الروابط والعلاقات التى تنشأ فيها .

ووسيلة التنظيم لتلك العلاقات هى القانون الذى يخضع له - أو يتعين أن يخضع له - كل من يعيش فى هذا المجتمع الإنسانى ، إذ لم يعد من المقبول فى العصر الذى نعيشه أن يكون الخضوع لفرد أو مجموعة من الأشخاص أو بعض الأعراف والتقاليد ، ومن هنا ظهر مبدأ سيادة القانون أو المشروعية ليمثل الفكرة التى تتجمع حولها ووفقا لمقتضياتها الدولة الحديثة والتى توصف - حقيقة أو وهما - بأنها الدولة القانونية ، وذلك فى كافة دول العالم دون استثناء ومهما كان واقع أمرها .

وأول القواعد القانونية التى تقوم عليها الدول المختلفة هى قواعد الدستور ، فهى الأساس الشرعى لقيام الدولة بعناصرها المعروفة ، سيما عنصر السلطة فيها ، ويدون الإستناد إلى دستور ، تتأسس السلطة على القوة دون الحق . ولذلك يعتبر الدستور فى الدولة القانونية الحديثة ، الإطار القانونى لنظام الحكم فيها ، والأداة المنظمة لكافة صور النشاط القانونى بها ، والمركز الذى تستند إليه بقية القواعد والأعمال القانونية فيها ، وذلك لكونه - أى الدستور - المصدر الأول لمبدأ المشروعية فى الدولة ، حيث يسمو بقواعده وأحكامه ومبادئه على كافة من بالدولة من أفراد وسلطات عامة ، حكام أو محكومين .

ومرجع السمو الذى يتبوأه الدستور فى التنظيم القانونى للدولة ، يعود إلى موضوعه من ناحية ، إذ هو المؤسس للسلطات

العامة فى الدولة ، والمنظم لإختصاصها فى التعبير عن ارادة الدولة والتصرف بإسمها ، وفقا لما يسنه من ضوابط لتحديد علاقاتها بعضها البعض ، وهو أيضا المحدد للحقوق والحريات العامة للأفراد ، والتى يستلزم كفالتها لتمكين الأفراد من ممارستها بحرية ، فضلا عن بيان مقومات المجتمع وأساسه الإجتماعية والسياسية والإقتصادية والثقافية والفكرية ، وخاصة فكرة القانون ودورها فى المجتمع وضوابطها . كما يعود هذا السمو من ناحية أخرى إلى شكل الدستور من حيث اجراءات اصداره وتعديله ، والسلطة المختصة بذلك ، وهى السلطة العليا فى الدولة والتى لا تعلوها سلطة أخرى ، ولذلك يطلق عليها اصطلاح " السلطة التأسيسية " ، وهى تضم فى الدول القانونية مجموع الأفراد الذين يحق لهم التمتع بمباشرة الحقوق السياسية نيابة عن كافة أفراد الشعب فى الدولة ، ومن هنا يطلق عليهم كذلك اصطلاح " الشعب السياسى " واصطلاح " هيئة الناخبين " .

ومن غير شك أن عدم الاعتراف لقواعد الدستور ، بوصفها القواعد الأساسية التى تحكم الدولة ، بالمكانة العليا فيها ، أو اجازة مخالفتها بواسطة الحكام أو بواسطة الحكوميين ، يؤدى إلى انهيار نظام الدولة من اساسه (١) ، وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن " نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها بإعتبارها أسس القواعد الأمرة ، واعدارما يخالفها من تشريعات . وهذه القواعد والأصول هى التى يرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذى يقضى بإنحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها .

(١) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : موجز القانون الدستوري - ١٩٧٣ - ص ٦٤ .

وإذ كانت هذه الأعمال الإستثنائية قد أوردتها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجوز على الضوابط والقيود المحددة لها ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها " (٢) .

وعليه انعقد الإجماع على أنه إذا كان للدولة دستور مكتوب ، وجب عليها التزامه فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية ، وتعين اعتبار الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص ، وفيما ينطوى عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين ، والدولة فى ذلك تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطى هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور (٣) .

وإذ أضحت من المسلم به أن السلطة الواسعة صارت ضرورة لا محيص عنها فى الدولة الحديثة حتى يتسنى لها أن توفى بما عليها من أعباء وواجبات فى أداء الخدمات الضرورية لأفراد المجتمع وتحقيق الرفاهية لهم ، فقد بات من الضروري أيضا تزويد هؤلاء الأفراد بالوسائل الفعالة لمواجهة احتمال خروج السلطات العامة عن أهدافها المخصصة وانحرافها بها إلى غير المجالات المحددة لها ، حيث أن

(٢) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق ، المجموعة - الجزء الثالث ص ١٩٥ .

(٣) محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٢/٦/٢١ قضية ١٠٩٠ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة ٦ رقم ٥٨٧ ص ١٣٦٦ .

ومن الجدير بالإشارة أنه أمكن حصر الدول التى ليس بها دستور مكتوب وعددها ست دول هى إنجلترا ونيوزيلاندة وإسرائيل وهى دول لها دستور عرقى مرن ، وليبيا وعمان والمملكة العربية السعودية وهى دول أعلنت أن " القرآن الكريم هودستورها " .

A.E.HOWARO, The Constitution : Making it Work, Wilson Quarterly, Spring 1982, P. 126.

السلطة التى تتسع تحمل فى طياتها أسباب الإغراء على الانحراف بها ، مما يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم ، وبذلك فإن من شأن الرقابة على ممارسة هذه السلطة أن تكون أداة لتصحيح الانحراف بها أو إساءة استعمالها .

وتتمثل الوسائل التى تكفل رد اعتداء السلطات العامة على حقوق الأفراد وحررياتهم فى بعض الضمانات السياسية والقضائية التى يحرص المشرع الدستورى على تقريرها فى سبيل اعلاء الدستور وحماية قواعده ومبادئه ضد أى تجاوز من جانب السلطات العامة ، وخاصة السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وحتى لا يخذل " سمو " الدستور شعار بلا مضمون ، ويحيث تلتزم جميع السلطات العامة بإحترام قواعد الدستور وذلك بأن تمارس اختصاصاتها فى الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين فيه ، دون خروج عليه .

ويتفق الفقه على أن الضمانة الأولى الفعالة التى يتعين على المشرع الدستورى فى الدول المختلفة أن يسجلها ويقررها فى وثيقة الدستور ، هى تنظيم الرقابة القضائية على دستورية الأعمال القانونية التى تصدر عن السلطات العامة ، وفى مقدمتها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، والقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية (٤) .

فمن المتفق عليه أن المحافظة على " سمو الدستور " يستلزم قضاء قوى مستقل ، يملك السلطة والاختصاص فى حل كافة

(٤) ومن الجدير بالإشارة أن فكرة الرقابة على دستورية القوانين ، تجد جذورها لها فى الشريعة الإسلامية ، حيث من المتفق عليه أن القضاء وكذلك المجتهدين أو بالأحرى المشرعين ، يتقيدون بالنصوص القطعية الواردة فى القرآن والسنة باعتبارها القواعد القانونية الأساسية العليا فى الشريعة . راجع فى ذلك :

الدكتور محمد سلام مذكور : القضاء فى الإسلام - ١٩٦٤ - ص ٦٢ .
المستشار عمر شريف : القضاء فى الإسلام - ١٩٨٥ - ص ٢١ .

المنازعات الدستورية فى الدولة ، أيا كان أطرافها ، وبدون ذلك فليس من معنى لكفالة الحقوق والحريات العامة دستوريا (٥) .

وعلى ذلك تتأسس الرقابة القضائية على دستورية الأعمال القانونية عموما على مبدأ سمو الدستور وما يقتضيه من جمود لقواعده كاصل عام ، وفى هذا الصدد لنا ملاحظة ، وهى أن الفقه الدستوري السائد يشترط فى الدستور أن يكون جامدا حتى يمكن أن تنشأ الرقابة على الدستورية وخاصة أمام القانون الذى يصدر عن السلطة التشريعية ، وفى تحديد معنى الدستور الجامد فهناك شبه اجماع على أنه يعنى أن اجراءات تعديل هذا الدستور هى اجراءات خاصة أشد من تلك التى تتطلبها القوانين العادية ، فإن لم توجد هذه الاجراءات كان الدستور مرنا ، وجاز للقانون مخالفته دون أن يعد ذلك خروجا على مبدأ المشروعية (٦) .

وفى تقديرنا أن جمود الدستور لا يتحقق بالنص على الاجراءات الخاصة المشار إليها فحسب ، وإنما قد يتحقق ولو لم ينص الدستور على تلك الاجراءات وذلك إذا ما قرر الدستور أو نظم أسلوب الرقابة

(٥) راجع فى ذلك :

LUTHER M. SWYGERT, "defense of Judicial activism", Valparaiso University Law Review, V. 16, Spring 1982, No 3, P. 447.

ABRAMO-HENRY, The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process, 5 ed., Boston, 1980.

CLAUDE LECLEROQ, institution Politiques et droit Constitutionnel, 2 eme éd., P. 91.

الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : سيادة الدستور وضمان تطبيقه - ١٩٨٩

(٦) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : المرجع السابق - ص ٦٦ .

الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : الوجيز فى القانون الدستوري - ١٩٨٣

- ص ١٦٤ .
الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : القانون الدستوري - ١٩٨٣ - ص ٢٠٦.

الأستاذ الدكتور يحيى الجمل : النظام الدستوري فى جمهورية مصر العربية - ١٩٧٤ - ص ٧٦ .

على دستورية القوانين التي يسنها البرلمان ، بمعنى أن سمو الدستور أما أن يترتب نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لإصدار وتعديل وإلغاء النصوص الدستورية ، أو بالنص صراحة على سمو الدستور ، أو على وجود رقابة على الدستورية أو تنظيمها .

بل أننا نذهب إلى أبعد من ذلك فنرى الدستور جامدا ما لم يرد نص صريح ضمن مواده بأنه دستور مرن ، أو بتحديد إجراءات تعديله بأنها ذات الإجراءات المتبعة في سن أو تعديل القوانين التي يصدرها البرلمان ، إذ الأصل في تقديرنا هو جمود الدستور ما دام قد صدر عن السلطة التأسيسية ، والنص على إجراءات خاصة لتعديل الدستور لا يهدف فقط إلى تقرير جمود الدستور بتشديد هذه الإجراءات عن مثيلتها المقررة لتعديل القوانين ، وإنما أيضا للتخفيف من إجراءات التعديل قياسا على إجراءات سنه أو إقراره ، حيث أن السكوت عن تقرير إجراءات التعديل يؤدي بالضرورة إلى الإلتزام بذات إجراءات الإقرار عند التعديل أو الإلغاء وفقا لقاعدة توازي الأشكال والإجراءات بمعنى أن الأصل في الدساتير هو الجمود حيث لا يجوز تعديلها إلا بنفس إجراءات إقرارها في حالة غياب النص .

وليس من جدال أنه بمقتضى هذا المفهوم لجمود الدستور وسموه ، فإن حماية الدستورية تكون أكثر فعالية ، وبالتالي تتحقق ضمانات الحقوق والحريات العامة للأفراد على نحو أكمل ، دون أن يؤثر على ذلك الإدعاء بأن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة للشعب ، إذ يظل الدستور هو إطار هذه الإرادة العامة الذي لا يجوز الخروج عنه ، وإلا كان ذلك خروجا على الإرادة العامة ذاتها ، وبالتالي يحق القول بأنه ليس سوى تعبير عن إرادة نواب الشعب في البرلمان (٧) .

PROUZET, Le Contrôle de Constitutionnalité, thèse Paris, 1970, p. 90. (٧)

وخلافا لهذا الرأي الذي يثور حوله الجدل في فرنسا راجع :

M. MIGNON, Le Contrôle Juridictionnel de la Constitutionnalité des lois, D. 1952. chr., p. 45.

وتتنوع طرق وأساليب تنظيم الرقابة على الدستورية إلى عدة أنواع ، يختار منها المشرع الدستوري ما يتلاءم مع ظروف الدولة السياسية والقانونية ، ومن ثم يختلف مدى الرقابة وآثارها تبعاً للنظام الذى يؤثره المشرع الدستوري فى هذا الصدد (٨) .

فقد يعهد الدستور إلى هيئة سياسية بمهمة الرقابة على دستورية القوانين - على وجه الخصوص - والغالب أن يكون ذلك قبل صدور القانون ، من خلال منع صدورها ومن ثم سريانها ونفاذها إذا كانت مخالفة لقواعد الدستور ، وهو الأسلوب المتبع فى فرنسا بواسطة المجلس الدستوري الذى نص دستور ١٩٥٨ الحالى على انشاؤه (٩) .

والواقع أن هذه الرقابة لا تصلح إلا فى الدول التى تتوفر لشعوبها قدر كبير من النضج السياسى ، إذ ليس من جدال فى أن للتقدم الحضارى فى الدول المتقدمة دوره البالغ فى مزاولته المؤسسات الدستورية فيها لمهامها واختصاصاتها على نحو كامل ، دون تأثر أو اعتداد بالإعتبارات السياسية ، حيث لا تخشى هذه

(٨) راجع فى هذه الطرق والأساليب :
الأستاذ الدكتور محسن خليل : القانون الدستوري والنظم السياسية -
١٩٨٧ - ص ١٢٣ .

الأستاذة الدكتورة سعاد الشرقاوى . والدكتور عبد الله ناصف : أسس
القانون الدستوري - ١٩٨٦ - ص ١٤٩ .

J. CADART, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, t.I, 2 eme ed.,
Paris, 1979, P. 158.

M. PRELOT, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel., 10 eme éd.,
D. 1987, P. 233.

(٩) راجع فى هذه الرقابة :

M. DUVERGER, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, t. 2, 12
eme éd, Paris, 1971, P. 316.

المؤسسات شيئاً سوى رقابة الرأى العام عليها ، ففى مثل هذه الدول التى سارت فى طريق الحضارة شوطاً بعيداً " رسخت فيها المؤسسات الدستورية ، وعرفت كل سلطة حقوقها وواجباتها والحدود التى يتعين أن تلتزم بها ولا تخرج عليها " (١٠) ، يمكن تنظيم رقابة سياسية فعالة ومؤثرة دون خشية الإنزلاق فى مغبة التحزب والانحراف السياسى .

وإزاء مخاطر الرقابة السياسية على الدستورية ، تفضل الغالبية العظمى من الدول ، حتى المتقدمة منها ، تنظيم رقابة قضائية لحماية الدستور وتأكيد احترامه وصونه من الخروج على أحكامه ، وإن كانت فى ذلك الصدد تختلف من حيث تحديد الجهة المختصة بمباشرة هذه الرقابة القضائية ، ومداهما وآثارها وأسلوب تحريكها . (١١) .

فقد تتولى الرقابة القضائية على الدستورية ، وهى فى الأغلب الأعم رقابة لاحقة على صدور الأعمال القانونية ، جميع المحاكم فى الدولة ، بحيث يكون لكل محكمة أن تراقب دستورية العمل المطروح عليها أو المراد تطبيقه فى المنازعة أمامها ، فإذا ما رأت عدم

(١٠) الدكتور فاروق عبد البر : دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة - الجزء الأول - ١٩٨٨ - ص ٨ و ٩ .

(١١) راجع فى هذا الموضوع عموماً :

الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ١٦٦ .

الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : رقابة الدستورية فى مصر والدول الأجنبية - ١٩٩٠ - ص ٣١ وما بعدها .

الدكتور محمد عبد اللطيف : إجراءات القضاء الدستورى - ١٩٨٩ - ص ٣ وما بعدها .

وفى الفقه الأمريكى

ELY-JHON HART, Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review, Cambridge, 1980.

GLICK-HENRY ROBERT, Supreme Courts in State Politics : An Investigation of the Judicial Role, New York, 1971.

دستوريته طرحته جانباً وامتنعت عن الإعتداد به ، وإن جاز الطعن فى حكمها إلى أن يصل الأمر إلى المحكمة العليا التى تلعب دورها الهام فى هذا الشأن بصدد الطعون الدستورية ، وهذا هو الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث يحق لجميع المحاكم - سيما الفيدرالية منها - ممارسة هذه الرقابة تحت اشراف وهيمنة المحكمة العليا والتى يكون لها الكلمة الأخيرة فى هذه المسألة (١٢) .

وقد ترى دولة ما أن من الأفضل توحيد كلمة القضاء فى صد الرقابة على الدستورية ، وخاصة إذا تعلقت بدستورية القوانين ، فتعهد إلى محكمة محددة بهذه المهمة بصورة مركزية ، وهى اما أن تكون المحكمة العليا فى التنظيم القضائى للدولة ، واما أن تكون محكمة متخصصة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض ، مثلما تحقق فى مصر منذ عام ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا فيها ، ثم بإنشاء المحكمة الدستورية العليا الحالية عام ١٩٧٩ نزولاً على مقتضى دستور ١٩٧١ الحالى الذى نص على قيامها فى المادة ١٧٤ منه ، وذلك بعد أن كانت تأخذ قبل ذلك بأسلوب رقابة جميع المحاكم لدستورية القوانين .

وفى ذلك تقول المحكمة العليا " أنه يبين من استقصاء تاريخ رقابة دستورية القوانين فى مصر أنه رغم خلو الدستور والقوانين من أى نص يخول المحاكم سلطة رقابة دستورية القوانين فإنها - أى المحاكم - قد أقرت حق القضاء فى التصدى لبحث دستورية القوانين

(١٢) راجع فى ذلك :

الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد : الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصرى - ١٩٦٠ - ص ١٨٣ .

KAGAN-ROBERT A., The Evaluation of State Supreme Courts, Michigan Law Review, 76 (1978), PP. 961-1005.

PORTER-MARY CORNELIA and G. ALAN TARR, State Supreme Courts, Policy makers in the Federal System, Westport, Conn., 1982.

إذا ما دفع أمامها بعدم دستورية قانون أو أى تشريع فرعى أدنى مرتبة ، يطلب أحد الخصوم تطبيقه فى الدعوى المطروحة عليها ، واستندت فى تقرير اختصاصها هذا إلى أنه يعتبر من صميم وظائفها القضائية القائمة على تطبيق القانون فيما يعرض عليها من منازعات ، فإذا تعارض القانون المطلوب تطبيقه فى الدعوى مع الدستور ، وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القانون ، وذلك عملاً لبدء سيادة الدستور وسموه على التشريعات الأخرى ، وقصرت ولايتها فى هذا الصدد على الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، ولم يكن قضاؤها فى موضوع دستورية القوانين ملزماً لها ولا لغيرها من المحاكم ، فكان لها أن تنقض فى الغد ما تبرمه اليوم ، وكان القانون يعتبر فى آن واحد دستورياً تطبقه بعض المحاكم وغير دستورى تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى . ونظراً لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم فى هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار فى المعاملات والحقوق والمراكز القانونية ، فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا ... وخولها دون سواها ولاية الفصل فى دستورية القوانين ... وقضى بأن تكون (أحكامها) ملزمة لجميع جهات القضاء ... حتى لا يترك البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها ، حسبما جرى عليه العرف القضائى ، وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيها " (١٣) .

وفى الغالب كما هو واضح من سياق هذا الحكم أن رقابة المحاكم جميعاً لدستورية القوانين ، تكون مجرد رقابة امتناع ، تأسيساً على أن من طبيعة عمل القاضى بصدد تطبيق القوانين ازالة التعارض بينها ، بإعطاء الأولوية فى التطبيق للقواعد الأعلى مرتبة من حيث قوتها الإلزامية ، والإمتناع عن تطبيق القواعد الأدنى المخالفة لها ، ومن ثم تكون الأولوية فى التطبيق لقواعد الدستور ، ويحق للقاضى

(١٣) حكمها فى ١٩٧١/٧/٣ دعوى رقم ٤ لسنة ١ ق - المجموعة - الجزء الأول ص ١٥ .

الإمتناع عن تطبيق القواعد التشريعية الأخرى المخالفة لها . أما فى حالة الرقابة المركزية أو المتخصصة والتى يلزم لقيامها أن ينص عليها المشرع ويعمل على تنظيمها قانونا ، فإن الأثر المترتب على عدم دستورية العمل التشريعى أو القانونى عموما ، يختلف من دولة لأخرى أو بالأحرى من نظام لآخر ، إذ قد ينص المشرع على حق المحكمة المختصة فى إلغاء العمل ، أو اعلان عدم دستوريته لحسب ، وقد يرتب المشرع على حكم المحكمة زوال القانون بأثر رجعى وفقا للقواعد العامة ، وقد يكتفى بأن يكون له أثر مباشر بالنسبة للمستقبل فحسب ، وفى كل الأحوال ويغض النظر عن آثار الحكم بعدم الدستورية ، فإن الحكم الصادر وفقا لأسلوب مركزية الرقابة على دستورية الأعمال القانونية ، يكون - فى تقديرنا - بمثابة الجزاء على مخالفة الدستور ومقتضيات سموه وجموده ، واهدار مبدأ المشروعية عموما ، مثلما هو الحال بصدد رقابة القضاء الإدارى على مشروعية أعمال الإدارة .

ومن ناحية أخرى تختلف نظم الرقابة على الدستورية من حيث طرق تحريكها ، وخاصة بشأن تحديد أصحاب الصفة فى الطعن بعدم الدستورية ، وهل يقتصر الأمر على بعض السلطات العامة أم يمتد ليشمل الأفراد ذوى المصلحة ، وأسلوب تحريك المنازعة أمام القضاء الدستورى ، وما إذا كان الأسلوب المباشر أى بطريق الدعوى الأصلية أم فقط بطريق غير مباشر من خلال الدفع الفرعى مثلا .

كما تختلف هذه النظم من حيث مداها ، فإذا كان الغالب أن تقتصر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، فقد تمتد فى نظم أخرى إلى أعمال قانونية أخرى مثل الأحكام القضائية ، بل وينبغى - فى تقديرنا - أن تمتد إلى كافة الأعمال القانونية بلا استثناء ، بحيث تمتد إلى أعمال جميع السلطات العامة على وجه الخصوص ، فلو كان من الجلى أن تصرفات الأفراد تخضع للرقابة

على دستوريتهما من خلال رقابة جميع المحاكم المختصة بنظر المنازعات بشأنها ، لضمان عدم خروجها على النظام العام الذى يشمل دون خلاف كافة قواعد الدستور (١٤) ، إلا أن الكثير من أعمال السلطات العامة يغفلت من هذه الرقابة ، مثل الأعمال البرلمانية غير التشريعات للسلطة التشريعية ، وأعمال الحكومة الصادرة عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم ، وهى التى يطلق عليها فى مصر اصطلاح " أعمال السيادة " ، مما يعد ثغرة خطيرة لا سند أو مبرر لها يمكن من خلالها اهدار مبادئ وقواعد الدستور ، علاوة على الإخلال الجسيم بمؤدى مبدأ المشروعية وسيادة القانون ، إذ أن مظنة الخروج على أحكام الدستور من خلال هذه الأعمال ، هى مظنة قوية مثلما هو الأمر بشأن القوانين واللوائح ، بل لعلها قائمة بصدد أعمال السيادة بدرجة أكبر وأشد خطورة من غيرها من الأعمال القانونية الأخرى للسلطات العامة .

وتقتصر رقابة الدستورية فى مصر على القوانين واللوائح ، وذلك من خلال المحكمة الدستورية العليا ، ومع ذلك فقد أصدرت هذه المحكمة فى ١٩ مايو ١٩٩٠ حكما بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وقد أشار هذا الحكم قدر كبير من الجدل والنقاش الدستورى والقانونى بل والسياسى ، وذلك نتيجة ما ورد فى الحكم - ضمن حيثياته - من بطلان تكوين مجلس الشعب المنتخب فى أبريل عام ١٩٨٧ ، مع استمرار ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ، قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة ، ما لم يتقرر الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا ، أو يقضى بعدم دستورية

(١٤) الدكتور مصطفى محمد الجمال : النظرية العامة للقانون - ١٩٨٣ - ص ٥٨ .

نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا ان كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم .

فقد ثار نقاش طويل حول الآثار المترتبة على هذا الحكم ، ومصير مجلس الشعب ، وأساس الحكم ببطلانه مع نفاذ وسريان ما صدر عنه من قرارات أو قوانين ، وكيفية تنفيذ هذا الحكم ، ومدى سلطة المحكمة الدستورية العليا حول كل هذه الأمور .

ولما كنا من المؤيدين لهذا الحكم لإتفاقنا مع كل ما ورد به ، من منطلق إيماننا بحق المحكمة الدستورية العليا ودورها فى الكشف عن المبادئ القانونية العامة المتصلة بالدستور ، ووفقا للمفهوم الصحيح - فى تقديرنا - لآثار الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية وخاصة من المحكمة الدستورية العليا ، فإننا نرى أن نعرض لهذه المشكلة بالدراسة فى فصلين على النحو التالى :

أولا - مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد ، وهو أحد المبادئ القانونية العامة ، والذى يعد فى رأينا الأساس الشرعى لحكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، وخاصة فيما يتعلق بقوانين وقرارات مجلس الشعب الباطل .

ثانيا - آثار الأحكام فى المسائل الدستورية ، وسواء ما صدر منها عن المحكمة الدستورية العليا ، أو عن غيرها من المحاكم القضائية الأخرى ، ومن ثم مدى حجية حكم هذه المحكمة محل البحث وقوته الملزمة .

الفصل الأول

مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد

تتنوع اختصاصات القضاء الدستوري في الدول المختلفة بصورة واضحة ، حيث تتفاوت من نظام لآخر ضيقا واتساعا بحسب النظام السياسي والدستوري القائم في الدولة ، فعلاوة على قضاء الدستورية وهو الإختصاص الرئيسى والطبيعى لجهات القضاء الدستوري ، قد يعهد المشرع لها أيضا بإختصاصات تتصل بالانتخابات السياسية أو التشريعية ، وتوزيع الإختصاصات بين سلطات الدولة أو بينها وبين السلطات المحلية أو الإقليمية في الدول الاتحادية أو الدول الموحدة ذات النظام اللامركزي ، علاوة على قضاء التفسير وريما العقاب كذلك ، اضافة إلى بعض الإختصاصات التى تهدف إلى ضمان حسن سير السلطات العامة وحماية الحقوق الأساسية للأفراد ، وحل التنازع حول الإختصاص بين الجهات القضائية وازالة تعارض الأحكام (١) .

وإذا كانت بعض الإختصاصات المشار إليها تهدف أساسا إلى ضمان سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، مثل تلك المتصلة بتوزيع الإختصاصات بينها وحل احتمالات التنازع حول هذه الإختصاصات ، فإن الإختصاصات الأخرى مثل حماية الدستورية والتفسير تقوم فى النهاية على ضمان السير المنتظم للسلطات العامة فى ممارسة كافة اختصاصاتها المبينة فى الدستور دون صراع أو تنازع بينها ، ونى ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، المنوطة

(١) راجع فى تفاصيل هذه الإختصاصات الدكتور محمد عبد اللطيف: المرجع السابق - ص ٨٣ وما بعدها .

بالمحكمة الدستورية العليا ، تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه " (٢) .

وفى تقديرنا أن مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد هو من المبادئ العامة للقانون - والتي يطلق عليها أيضا اصطلاح المبادئ القانونية العامة - الملزمة بإعتبارها من المصادر المستقلة للقانون ، سواء للمشرع أم للقضاء ، علاوة على السلطة التنفيذية بطبيعة الحال . والواقع أنه امتدادا إلى هذا المبدأ العام يمكن تفسير الكثير من التساؤلات حول الأسس التى تقوم عليها بعض أحكام القضاء الدستورى ، سواء فى مصر أم فى دول أخرى مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .

ومع ذلك فإن الإتفاق على ما تقدم ليس بالأمر اليسير ، إذ يختلف الرأى دوما حول هذه الأسس ومقتضاياتها ، ومن ثم يتعين علينا أن نعرض بقدر من التفصيل لدور القضاء الدستورى بصدد المبادئ العامة للقانون . وإذا نرى فى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد الأساس القانونى الصحيح لتبرير العديد من المراكز الفعلية التى تتحقق فى مجال القانون الدستورى ، فإننا نعقب العرض المشار إليه بدراسة لنظرية المراكز الفعلية وتطبيقاتها الدستورية ، وذلك قبل شرح المبدأ سالف الذكر كأساس دستورى لهذه التطبيقات ، وبالتالي للحكم بسريان القوانين والقرارات الصادرة عن المجلس رغم الحكم ببطلان قيامه .

(٢) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٢٠٩ .

المبحث الأول دور القضاء الدستوري بمصدد المبادئ العامة للقانون

وظيفة القاضي أن يحكم بالعدل وذلك من خلال تطبيق القانون ،
فالقاضي عليه بحكم وظيفته أن يتحقق أولا من وجود القاعدة
القانونية أيا كان مصدرها ثم يطبقها بعد ذلك ، ومن ثم فليس
للقاضي أن يخلق القانون وإنما عليه فقط أن يحاول العلم به ، مما
يعنى التسليم بوجود القاعدة القانونية والإعتراف بقوتها الإلزامية ،
بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها على المنازعات المطروحة عليه
باعتبارها الحل العادل للنزاع .

وتتنوع القواعد القانونية بحسب مصدرها إلى التشريع بأقسامه
الثلاث وهي الدستور والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية
واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية ، علاوة على العرف والمبادئ
العامة للقانون . وهذا النوع الأخير هو أكثر مصادر القانون اشارة
للجدل والخلاف الفقهي والقضائي (٣) ، ومن ثم يلزم علينا أن
نعرض - بالقدر اللازم لموضوع هذه الدراسة فقط - لمضمون المبادئ
العامة للقانون كنظرية عامة ، قبل أن نحدد موقف القضاء الدستوري -
على وجه الخصوص - في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ومصر
بمصد هذه المبادئ .

(٣) راجع في هذا الشأن مؤلفنا : تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة
الإسلامية - ص ٩١ وما بعدها .
والأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : المبادئ العامة للقانون
كمصدر للمشروعية في القانون الإداري - ١٩٨٢/٨٢ .
والأستاذ الدكتور محمد كامل ليل : مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول -
مقدمة القانون الإداري - ١٩٦٩/٦٨ ص ٤٨٩ وما بعدها .

المطلب الأول مضمون نظرية المبادئ العامة للقانون

القانون بمعناه الواسع هو تعبير عن إرادة الدولة ، وأيا كانت مصادر القانون المختلفة ، فإنها لا تعدو أن تكون طرفا للتعبير عن هذه الإرادة ، وهي في جوهرها إرادة الشعب الذي يمثل مجتمع هذه الدولة ، وإذا كان التشريع هو الطريق الذي تتكون منه الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية الموجودة في الدول الحديثة نظرا لمزاياه الواضحة بعد انتشار التدوين والكتابة ، فإن هذا الطريق لم يقض حتى اليوم على ما سبقه من طرق مثل العرف والقضاء ، حيث تتمثل مصادر القانون المستقلة في العرف والتشريع والقضاء في كافة الدول تقريبا .

والأصل أن القضاء ، في غير الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية ، يختص بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض أملمه ، دون أن يتجاوز ذلك إلى إنشاء القواعد القانونية بنفسه ، وهي المهمة التي توكل وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات إلى السلطة التشريعية .

بيد أنه نظرا لأن القواعد التشريعية يشوبها النقص حتما باعتبارها عملا إنسانيا لا يمكن أن يتصف بالكمال ، فإنه من المتصور أن تطرح منازعات لا يكون لها حكم في التشريع أو في مصادر القانون الوضعي الأخرى ، ومع ذلك فإنه يتعين على القاضي أن يفصل في النزاع ولا يتهرب من الحكم فيه بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه ، وإلا فإنه يرتكب بذلك جريمة انكار العدالة ، إضافة إلى خروجه على مقتضى وظيفته وهي أن يحكم بالعدل ، فهي وظيفة يلزم أن يباشرها القاضي دوما حتى ولو لم يجد نصا في القانون يمكن تطبيقه .

والقاضي عندما يحكم بالعدل في نزاع لا يوجد بشأنه حكم في قواعد القانون ، فهو يستوحى في الواقع نفس المرجع الذي يستهدى به المشرع في وضع القوانين ، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذي يتعين على المشرع أن يتبناه لو تولى تنظيم موضوع النزاع ، مما يعنى أن القاضي يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع ، وأنها في كل الأحوال يستلهمان ذات المصدر ليستمد منه المشرع قواعده التشريعية ، وليستخلص منه القاضي المبادئ العامة فيكشف عنها ويعلن عن وجودها في الحياة الاجتماعية ، اقرارا منهما بذاتية القوانين ، بمعنى أنها دينية في داخل الجماعة وليست مفروضة عليها ، وأن دور المشرع ، ومن وراءه القاضي ، أن يعكس ما هو كامن في ضمير المجتمع من مبادئ عامة خالدة ضرورية ومستقرة في نفوس وعقول الجماعة .

أما إذا قام القاضي بإنشاء حل قضائي لنزاع معين ، دون رجوع إلى ما يتخذه المشرع دليلا له عند سن القواعد التشريعية ، وذلك وفقا لظروف النزاع وبحسب ما يعتقد القاضي ، فإن ما يصدر من حكم في هذا النزاع يكون بمثابة حكم فردي لا تكون له حجية إلا بصدد هذا النزاع وحده ، وبالتالي لا يجوز اعتباره من المبادئ العامة للقانون وإنما يعد فقط من الحلول القضائية الخاصة (٤) .

فالمبادئ العامة للقانون إنما تبلور الأفكار والأسس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية في شتى المجالات السياسية والاجتماعية والثقافية والدينية والاقتصادية ، فهي تعبر إذن عن التصور العام للحياة في مجتمع معين ، ولذلك فهي تختلف

(٤) FOURNIER, Conclusions sous C.E 26 Juin 1959, R.D.P. 1959. 1005
MESCHERIAKOFF, La notion de Principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, A.J.D.A. 1976, P. 601.

من مجتمع لآخر ، ولكنها تؤدي في كل مجتمع إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات والروابط داخل هذا المجتمع ، بحيث يتعين على القضاء بمختلف جهاته ، مع قدر من الاختلاف في المدى بين القضاء الإداري والدستوري من ناحية والقضاء العادي من ناحية أخرى ، أن يعمل على الكشف عن هذه المبادئ العامة واستخلاصها باعتبارها قواعد قانونية ملزمة مثل غيرها من مصادر القانون المختلفة ، ومن ثم صياغتها وتطبيقها على المنازعات التي تطرح أمامه ، إذا كان لذلك مقتضى .

وللكشف عن وجود هذه المبادئ العامة للقانون ، يعتمد القاضى أولا إلى نصوص التشريعات القائمة ليستخلص منها ما يمكن اعتباره من تطبيقات المبدأ العام التي تكشف عن وجوده وتأثيره ، وبالتالي يعمل القاضى على تعميم المبدأ خارج إطار هذه التطبيقات ونطاقها الضيق ليطبق على حالات جديدة غير محدودة ، باعتباره قاعدة قانونية مستقلة يصل مداها إلى كل حالة لا تسرى عليها التطبيقات التشريعية (٥) .

فإذا لم تسعف النصوص الصريحة في الكشف عن المبدأ العام ، فإن للقاضى أن يلجأ إلى استخلاص المبدأ من روح هذه النصوص وجودها ، مما يستلزم منه بذل مزيد من الجهد والفكر والبحث في حكمة النصوص وعلتها لاستنباط المبدأ العام ، وليس من المحتمل على القاضى أن يحدد عمله في إطار مجموعة معينة من النصوص ، إذ أنه كذلك أن يبحث عن جوهر النظام القانونى بأكمله مستعينا في ذلك بأسس نظام الحكم في الدولة ووثائقها القانونية والسياسية

(٥)

VEDEL, Droit Administratif, 1980, P. 375.

JEANNEAU, Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative , thèse Paris, 1954, P. 123 ...

RIVERO, Le juge administratif français : un Juge qui gouverne?, D. 1951, Chr. P.22.

التى تتضمن الخطوط العريضة والاتجاهات العامة للسياسة التشريعية للدولة .

بيد أنه إذا كان دور القاضى بأساليب عمله السالفة يقتصر على تحديد الإرادة الضمنية للمشرع فى إطار وظيفته العادية فى تفسير القواعد القانونية ، إلا أن السلطة الخلاقة للقضاء تتبدى بوضوح عندما يكشف عن بعض المبادئ العامة للقانون بإعتبارها تعبيراً عن الإرادة المفترضة للمشرع ، وهى إرادة غير حقيقية على خلاف الإرادتين الصريحة والضمنية (٦) .

ويتبدى هذا الدور الخلاق للقضاء عندما يكشف عن المبادئ العامة للقانون الكامنة أو الدفينة فى ضمير الجماعة ومعتقداتها ، وليس فى ذلك شبهة المساس بمبدأ الفصل بين السلطات ، أو تدخل القضاء فى وظيفة التشريع ، فالقاضى لا يتمتع بسلطة تشريعية وتقريره للمبادئ العامة لا يعنى أنه يشرع ، إذ أنه وهو يضع هذه المبادئ ، أو بالأحرى يكشف عنها ، ليس حراً ، مثله فى ذلك مثل المشرع ذاته ، فهو مقيد ومرتبطة بمعتقدات وفلسفة قومية كامنّة فى الضمير العام للجماعة ، تتسلط على عمله وتتغلغل فى فكره حتى يمكنه أن يترجم بأمانة ودقة ما ينطوى عليه ضمير الجماعة من مبادئ تعبر عن حاجات عليا جوهرية للمجتمع ، فالمشرع

(٦) راجع فى السلطة الخلاقة للقضاء :

WALINE, Le Pouvoir normatif de la Jurisprudence, M.G. Scelle 1950, t. II, P. 613.

J. ROCHE, Réflexions sur le pouvoir normatif de la Jurisprudence, A.J.D.A. 1962. 532.

MAURY, Observations sur la Jurisprudence en tant que source de droit, M. Ripert, t.I, P. 28.

DYPEYROUX, La Jurisprudence, source abusive de droit, M. Maury, 1960, t.I, P. 439.

الدكتور محمد عصفور : مذاهب المحكمة العليا فى الرقابة والتفسير والإبتداع - ١٩٥٧ - الجزء الثالث - ص ٣٦٩ .

ومن وراءه القاضى لا ينشئ القواعد القانونية من العدم ، إذ هو يخلق هذه القواعد بعد أن تتأكد حاجة المجتمع إليها ، ومن ثم تغدو هذه القواعد تعبيراً حقيقياً عن إرادة الشعب ، مما يضمن تنفيذها والالتزام بها اقتناعاً ، بوصفها قواعد نابعة من الشعب وليست مفروضة عليه .

ومن هنا تتفق غالبية الفقه ، فى فرنسا على وجه الخصوص ، على الإقرار بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية ، وتصل إلى مرتبة الدستور ذاته فى تقديرهم ، " بإعتبارها المبادئ الكبرى التى تمثل الفلسفة السياسية للأمة ، وتعكس الأفكار المقبولة من الكافة ، والتى يتأسس عليها نظامنا القانونى حيث سادته هذه المبادئ منذ أكثر من ١٥٠ سنة وسيطرت على كل تشريعاتنا ، بحيث يجوز القول أن حضارتنا القانونية تستلهم من عدد من المبادئ التى تمثل أسس نظامنا ، وأن دساتيرنا وتشريعاتنا تفصح عن اعتناقها لهذه المبادئ التى أدت إلى اعلاء دولة القانون وأملت الشروط والقواعد الدستورية التى تضمن تحقق الدولة القانونية " (٧) .

وفى تقديرنا أنه يجب الإعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة إلزامية تعلو على قوة القانون ، ولكن دون أن تصل إلى مرتبة

(٧) راجع فى هذه المعانى :

ODENT, Contentieux administratif, 1979/1980, P. 1704.

STASSINOPOULOS, Le droit de la défense devant les autorités administratives, 1974, Paris, P. 44.

LETOURNEUR, les Principes généraux du droit dans la Jurisprudence du C.E., E.D.C.E. 1951. 22.

LEMIRE, La Protection Constitutionnelle des Libertés en droit public français, thèse, Paris II, 1975, P. 291.

GENTOT, Conclusions sur C.E. 4 oct. 1974, Dame David, R.D.P. 1974-160.

الدستور ، لأنه إذا جاز للدستور أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ نظرا لأنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع مثلا ، فإنه لا يجوز أن يكون للمبادئ العامة ذات الأمر ، ومن ثم ليس للقاضي أن يهدر قواعد الدستور الصريحة بحجة أن للمبادئ العامة للقانون أن تخالفها - لاحقا - باعتبارها فى نفس قوتها ، يضاف إلى ذلك أن نصوص الدستور تعد تعبيراً عن الإرادة الصريحة للشعب أو السلطة التأسيسية فى حين أن المبادئ العامة مهما علت قوتها الملزمة ليست إلا تعبيراً عن الإرادة الضمنية للشعب أو المجتمع ، ومن غير جدال فإنه عند تعارض الإرادتين ، تتغلب الإرادة الصريحة على الإرادة الضمنية .

وفى كل الأحوال فإن المبادئ العامة للقانون تكون ملزمة لكافة السلطات العامة فى الدولة بما فيها السلطة التشريعية ، إذ لا شك أنه من خلال اقرار القضاء لوجود هذه المبادئ والكشف عنها ، تغدو هذه المبادئ من الأسس والمقومات التى تنظم الروابط والعلاقات فى المجتمع ، وتصبح بذلك ملكا لأفراده أى للجماعة ، فلا تستطيع أية سلطة مؤسسة أن تخالفها حتى ولو كانت هذه المبادئ من صنعها ضمنا ، ومن هنا يبين أن السلطة التشريعية ليست مطلقة الحرية فى وضع القانون والا تحول عملها إلى نوع من التسلط والتحكم والإستبداد .

والواقع أن قوة المبادئ العامة كمصدر مستقل للقانون إنما ترجع إلى مرتبتها السامية باعتبارها المثل الذى يحتذيه المشرع ، والطريق الرئيسى لتحقيق الخير العام للمجتمع والمصلحة العامة لأفراده ، وبذلك يتمثل فيها خير الضمان فى مواجهة احتمال استبداد المشرع فى أية دولة ، وملاحظة ما يحتاج الكثير من دول العالم اليوم من ثورات شعبية واجتماعية عارمة ، تؤكد أن القانون فى معظم هذه الدول إنما يمثل إرادة الحكام فى وضع النظام الذى

يحقق مصالحهم في حكم شعوبها ، وليس من شك في تقديرنا أن القانون الذي لا يترجم بأمانة ما يعتنقه الشعب من مبادئ وما يسود المجتمع من أسس فكرية ، هو قانون مخالف للعدل وغير واجب الإحترام ، ويحق للأفراد رفضه ، مما يوجب على القضاء التصدي له ، اعلاء لكلمة الحق والعدل ، وذلك من خلال تغليب المبادئ العامة للقانون على تلك التشريعات ، بإعتبارها نغمة العدالة التي من شأنها تهذيبها وتسريب القيم الإنسانية والمبادئ العليا إليها .

المطلب الثاني موقف القضاء الدستوري في فرنسا

إذا بحثنا في موقف القضاء - عموما - بصدد المبادئ العامة للقانون في فرنسا فإنه يمكننا ملاحظة التطور البالغ الأهمية في هذا الموقف من خلال مراحل ثلاثة هي :

المرحلة الأولى : وهي تبدأ منذ قيام مجلس الدولة الفرنسي بإعتباره جهة قضائية مختصة بالفصل في المنازعات الإدارية وذلك عام ١٨٧٢ ، حتى قرب نهاية الحرب العالمية الثانية عام ١٩٤٥ على وجه الخصوص ، وفي هذه المرحلة كان مجلس الدولة يستلهم في قضاؤه العديد من المبادئ العامة ويؤسس أحكامه عليها ، ولكن دون الإنصاح عنها صراحة في حيثياتها ، وذلك حرصا على عدم التقيد نهائيا بقواعد قانونية جامدة ، وهو - أي المجلس - في مرحلة انشاء وتكوين قواعد القانون الإداري المستقلة عن القانون الخاص ، علاوة على أن المجلس لم يكن يستشعر ضرورة الإستناد الصريح لهذه المبادئ بإعتبارها متأصلة في النظام الدستوري والقانوني السائد في ذلك الوقت بصورة جلية لا تحتاج معها إلى اثبات (٨) .

(٨)

JEANNEAU, Op.Cit., P. 179 .
LETOURNEUR, Op.Cit., P. 21 .

المرحلة الثانية : تبدأ هذه المرحلة منذ عام ١٩٤٥ حتى عام ١٩٥٨ عشية صدور دستور ١٩٥٨ الفرنسي الحالي وما أتى به من تنظيمات دستورية مستحدثة ، وخاصة انشاء القضاء الدستوري في فرنسا ممثلا في المجلس الدستوري .

فقد شهدت هذه المرحلة حرص مجلس الدولة الفرنسي مع بدايتها على الإعلان صراحة عن نظرية المبادئ العامة للقانون في أحكامه والنص على المبادئ التي يستند إليها في أسباب وحجيات هذه الأحكام . ويرجع هذا التحول إلى الظروف العصيبة التي مرت بها فرنسا أثناء الإحتلال خلال الحرب العالمية الثانية وما نتج عنها من انهيار النظم والمبادئ الدستورية التي كانت قائمة قبل الفوز الألماني ، فكان على المجلس أن يتصدى للمحافظة على الحقوق والحريات الفردية التي كانت مهددة بالخطر ، فلم يجد أمامه أفضل من المبادئ العامة للقانون كبديل للمبادئ المنهارة ، ومن ثم أعلن عنها المجلس صراحة وأبرزها في أحكامه منذ ذلك التاريخ ، ولم يعدل عن ذلك حتى بعد زوال فترة الإحتلال وعودة الحياة الدستورية إلى فرنسا بصدر دستور أكتوبر عام ١٩٤٦ (٩) .

ويلزم ملاحظة أنه في هذه المرحلة - وسابقتها - كان الفقه والقضاء يسلمان بأن للمبادئ العامة للقانون " قيمة تشريعية " ، بمعنى أن قوتها الإلزامية تعادل القانون ، وذلك في سبيل التأكيد على خضوع أعمال الإدارة لهذه المبادئ من خلال رقابة مجلس الدولة الفرنسي على مشروعيتها . ولم يكن الأمر يحتاج لأكثر من ذلك إذا ما راعينا أنه لم تكن هناك وسيلة للرقابة على دستورية القوانين من جانب القضاء ، فالمهم أن تملو القوة الإلزامية للمبادئ العامة على

تلك المقررة لأعمال الإدارة ، ومن ثم يستوى القول بأن لها قوة القانون أو أعلى منها .

المرحلة الثالثة ، مع صدور دستور ١٩٥٨ بدأت مشكلة تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة فى البروز لما يترتب عليها من نتائج عملية ، نتيجة لما جاء به هذا الدستور من تغييرات جذرية بصدد تحديد نطاق كل من القانون واللائحة ، حيث أصبح الأصل فى التشريع للسلطة اللائحية المستقلة بينما غدا نطاق القانون محددا على سبيل الحصر ، فتخوف الفقه من ضعف الرقابة القضائية على مشروعية هذه اللوائح المستقلة ، مما دفع الكثير منهم إلى المطالبة بالإعتراف للمبادئ العامة للقانون فى ظل دستور ١٩٥٨ بمرتبة الزامية تعادل قوة الدستور ذاته حتى يمكن توفير رقابة فعالة من جانب مجلس الدولة على تلك اللوائح (١٠) بالإضافة إلى الأوامر التفويضية الصادرة وفقا للمادة ٣٨ من الدستور فى نطاق القانون.

وبالرغم من الانتقادات التى وجهها جانب من الفقه لهذا الإتجاه إلا أن الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى تؤيد القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون ، دون تفرقه بينها (١١) ، أو على الأقل (١٠) راجع أول من شاذى بهذا رأى وهو أحد مفوضى الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسى :

FOURNIER, conclusions sous C.E 26 Juin 1959, Précitées, R.D.P. 1959, p. 1013.

(١١) راجع على سبيل المثال :

DE SOTO, La Loi et règlement dans La Constitution de 1958, R.D.P. 1959, 295.

AUBY-DRAGO, Traite de contentieux administratif, 2^{eme} éd., 1975, t. II, P. 337.

BRAIBANT, L'arrêt "Syndicat general des ingenieurs-Conseils" et la théorie des principes généraux du droit, E.D.C.E 1962, P. 67.

بالنسبة لتلك المستمدة أو المستوحاة من الأصول الدستورية مثل إعلان حقوق الإنسان الصادر عام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ (١٢) ، فى حين أصرت أقلية من الفقه على التمسك بمرتبة القانون لهذه المبادئ أو أقل منها (١٣) .

وقد كان لإنشاء المجلس الدستورى فى فرنسا وفقا لدستور ١٩٥٨ ، وموقفه الحاسم بالإعتراف بالمبادئ العامة للقانون والإقرار لها بقوة الزامية تعادل قوة الدستور ، أثره البالغ فى ازالة تردد بعض الفقهاء فى التسليم بالقوة الدستورية للمبادئ العامة (١٤) .

وهذا المجلس ، بالرغم من تكوينه السياسى ، يختص بالعديد من المسائل ذات الطابع القضائى مثل الفصل فى الطعون الإنتخابية ، وصحة عضوية المجالس النيابية ، والتنازع بين السلطتين التشريعية واللاحقية بصدد تحديد موضوعات نطاق كل من القانون واللائحة ، إضافة إلى الاختصاص الأهم وهو الرقابة على دستورية القوانين سواء كانت من القوانين الأساسية أم العادية وكذلك دستورية اللوائح الداخلية لمجلسى البرلمان ، فلم تعد هذه اللوائح

MORANGE, Une catégorie juridique ambiguë; Les principes généraux du droit, R.D.P. 1977, 761.

VEDEL, Op.Cit., P. 383.

CHAPUS, De La soumission au droit des règlement autonomes, (١٣) D. 1960. 119..

CHAPUS, De La valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règle jurisprudentielles en droit administratif, D. 1966. 99 ..

(١٤) قارن على سبيل المثال المؤلفات الآتية :

RIVERO, Droit Administratif, 3^{eme} éd., P. 72 et 8^{eme} éd., P. 77.

DE LAUBADERE, T. de Droit Administratif, 4^{eme} éd., P. 211, et 8^{eme} éd., 1980, t. I, P. 264.

من المسائل التى تتصل بالسيادة المطلقة للبرلمان ، وأخيرا
دستورية المعاهدات والاتفاقات الدولية .

وأزاء هذه الاختصاصات القضائية ، يكاد أن ينعقد الإجماع
الفقهى فى فرنسا على اعتبار المجلس الدستورى فيها هيئة قضائية
وليس سياسية (١٥) ، وقد أيد ذلك الرأى كل من مجلس الدولة
الفرنسى ومحكمة النقض (١٦) ، علاوة على تدعيم الرأى العام
الواسع للمجلس الذى يطلق عليه اصطلاحات شعبية عديدة منها
"مجلس الحكماء التسعة" و"حماة المؤسسات الدستورية" .

وبالرغم من أن المادة ٢/٦١ من الدستور الفرنسى تنص على
اختصاص المجلس بفحص " مدى مطابقة القانون للدستور " ، إلا أن
المجلس أكد أكثر من مرة على ضرورة مطابقة القوانين للمبادئ العامة
المستمدة من مقدمة الدستور الحالى ودستور ١٩٤٦ وإعلان حقوق
الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ وقوانين الجمهورية سيما ما يطلق

(١٥) راجع على سبيل المثال :

F. LUCHAIRE, Le C.C. est-il une Juridiction ?, R.D.P. 1979, P. 27.

A. HAURIO, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 6^{eme} éd., P. 1093.

CHANTEBOUT, Droit Constitutionnel et Science politique, 1982, P. 56.

WALINE, Préface de " L. Favoreu-L. PHILIP, Les grandes décisions du
Conseil Constitutionnel, 1984" .

وعلى خلاف ذلك راجع :

HAMON, Institutions et vie politique : Une République Présidentielle, t.
II, 1977, P. 262.

(١٦)

C.E 12 dec. 1969, Confédération des Vignerons du Midi, A.J.D.A, P. 163.

Cass. Civ. 26 fév. 1974, G.P. 1974, n. 8687, p. 21.

عليه القوانين الحرة للجمهورية الثالثة (١٧) ، علاوة على ضرورة مطابقة القوانين العادية للقوانين الأساسية .

ومتابعة أحكام المجلس الدستوري في هذا الصدد تنبئ بوضوح بالغ من دوره المتعظم في الدفاع عن الحقوق والحريات العامة للمواطنين في مواجهة السلطات العامة ، وذلك بالإستعانة بمجموعة من المبادئ العامة التي يتعين على السلطات العامة مراعاتها لما لها من قيمة دستورية ملزمة لجميع السلطات التي أنشأها الدستور بما فيها السلطة التشريعية (١٨) .

ومن أهم أمثلة الأحكام الصادرة عن المجلس الدستوري ، والتي تأخذ صيغة القرارات ، والمتصلة ببعض المبادئ العامة المستنبطة من مقدمات الدساتير وإعلان حقوق الإنسان وقوانين الجمهورية ، القرارات الآتية :

(١٧) راجع في موضوع هذه القوانين والمبادئ العامة المستقاة منها :

RIVERO, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de La République : Une nouvelle categorie constitutionnelle ? , D. 1972, Chr., P. 267.

J.-J. FLAUSS, Les " Principes Fondamentaux reconnus par Les Lois de la République" dans la jurisprudence du CC : sept ans apres, R.A. 1978, n 12, P. 5.

(١٨)

F. LUCHAIRE, Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen, M. WALINE, t. II, 1974, P. 563.

P. PACTET, Quelques reflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droit sous la ve Republique, M. Colliard, 1984, P. 575.

VOISSET, La reconnaissance de l'existence des principes généraux par le conseil constitutionnel J.C.P. 1969. 2290 bis.

C.C. 26 Juin 1969, G.D.C.C., 1975, P. 241.

١ - قرار المجلس في ٦ يوليو ١٩٧٠ بعدم دستورية مشروع قانون أساسي لمخالفته مبدأ استقلال السلطة القضائية ، فبالرغم من أن المشرع الدستوري لم يشر إلى هذا المبدأ إلا في المادة ٦٤ منه والتي تعهد لرئيس الجمهورية بضمان استقلال السلطة القضائية ، بما يفيد أن رئيس الجمهورية وحده المختص بالإعتراض على القوانين التي تمس هذا الإستقلال ، إلا أن المجلس الدستوري ، استنادا إلى اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين الأساسية قبل اصدارها وفقا للمادة ٦١ من الدستور ، رأى أن المادة ٦٤ المشار إليها تفيد ضرورة حماية استقلال القضاء بوصفه الشرط الضروري لممارسة السلطة القضائية ، ومن ثم فإن المساس بهذا الإستقلال من جانب المشرع ، ولو كان من خلال أحد القوانين الأساسية ، لا يتفق مع مبدأ استقلال السلطة القضائية ، ومن ثم يغدو غير دستوري (١٩) .

٢ - قرار ١٦ يوليو ١٩٧١ والذي أعلن فيه المجلس صراحة ضرورة التزام المشرع بالمبادئ القانونية العامة لما لها من قيمة دستورية ، بغض النظر عن مصدرها ، وكان القرار يتصل بمبدأ حرية تكوين الجمعيات وتأسيسها دون رقابة مسبقة حتى ولو كانت رقابة قضائية ، وهو المبدأ المستمد من أحد قوانين الجمهورية الصادر أول يوليو ١٩٠١ بشأن تكوين الجمعيات (٢٠) .

٣ - قرار ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ بشأن العقوبات السالبة للحرية ، حيث قضى المجلس بأنه ليس للسلطة اللائحية وهي بصدد ممارسة اختصاصها في تقرير المخالفات الجنائية ، أن تقرر بشأنها عقوبات سالبة للحرية ، إذ يختص البرلمان وحده بتوقيع هذه العقوبات سواء

LUCHAIRE, Op.Cit., P. 568-569.

(١٩)

(٢٠)

C.C. 16 Juill. 1971, G.D.C.C., Op.Cit, P. 237-A.J.D.A. 1971, pp. 537-542, n. RIVERO.

بصدد الجنج والجنایات التی یختص القانون بسنها ، أم بصدد المخالفات التی تختص اللائحة بإقرارها ، وذلك استنادا إلى المادة ٧ من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ والتي تنص على عدم جواز القبض على أحد إلا فی الأحوال التی یحددها قانون (٢١) .

٤ - قرارات المجلس منذ عام ١٩٧٣ بصدد تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون وفقا للمادة ٦ من اعلان الحقوق سالف الإشارة (٢٢) ، ومد نطاق تطبيق هذا المبدأ أمام القضاء (٢٣) ، ونفی المعاملة بین الموظفين (٢٤) ، وأمام الأعباء العامة (٢٥) .

٥ - قرار ١٢ يناير ١٩٧٧ والمتعلق بحماية الحرية الشخصية ، حيث قضى المجلس بعدم دستورية مشروع قانون كان یخول لضباط الشرطة القضائية حق تفتيش المزكبات المتواجده فی الطريق العام

BURDEAU, Droit Constitutionnel et institutions Politique, 17 éd., (٢١) 1976, P. 603.

L. PHILIP, La valeur Juridique de la Declaration de 1789 selon la Jurisprudence du CC, M. Kayser, 1979, t.2, P. 317.

C.C. 27 dec. 1973, G.D.C.C. Op.Cit., P. 339 ... (٢٢)

C.C. 23 Juill. 1975, R.D.P. 1975, P. 1308-D. 1977, Juris., P. 629. (٢٣)

C.C. 15 Juill. 1976, J.C.P. 1977. II. 18760-A.J.D.A. 1976, P. 622. (٢٤)

C.C. 12 Juill. 1979, A.J.D.A. 1979, Sept. P. 46. (٢٥)

وحول مبدأ المساواة وتطبيقاته فی القضاء الدستوري راجع :

C. LEBEN, Le CC et le principe d'égalite devant la loi, R.D.P. 1982, P. 295.

F. LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel : L'égalite, R.D.P. 1986, P. 1229.

F. MICLO, Le principe d'égalite et la constitutionnalite des lois, A.J.D.A., 1982, P. 115.

M. de VILLIERS, Le Principe d'égalite dans la Jurisprudence du CC, R.A. 1983, P. 572.

فى حضور مالكها ، إذ رأى المجلس أن من شأن هذا القانون الإعتداء على المبادئ العامة الأساسية التى تقوم عليها الحرية الفردية ، خاصة وأن النص لا يشترط ارتكاب مخالفة تبرر اجراء هذا التفتيش . (٢٦) .

٦ - قرار المجلس فى ٢٣ نوفمبر ١٩٧٧ بشأن القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعليم بإعتباره أحد المبادئ الأساسية للقوانين الجمهورية وذلك استنادا إلى المادة ٩١ من القانون المالى الصادر فى ٣١ مارس ١٩٣١ (٢٧) .

وإذا كانت القرارات المشار إليها سلفا تستند جميعها إلى مبادئ قانونية عامة تستمد جذورها من بعض النصوص الواردة فى المصادر سالفة الإشارة ، فإن أهم مراحل تطور قضاء المجلس الدستورى فى هذا الشأن تبدى فى قراراته القائمة على مبادئ قانونية عامة لا تستند إلى أى نص محدد أو صريح ، وقد بدأت هذه المرحلة قبل نهاية حقبة السبعينات بقرار المجلس الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٧٩ ، والذى أقر فيه المجلس بالقيمة الدستورية لمبدأ دوام سير المرافق العامة . (٢٨) .

فقد أحال عدد من أعضاء الجمعية الوطنية إلى المجلس الدستورى فى ١٩٧٩/٦/٢٨ ، وتابعهم فى ذلك بعض أعضاء مجلس الشيوخ فى ١٩٧٩/٧/٦ ، اقترح بقانون يهدف إلى تعديل أحكام قانون ٧

C.C. 12 Jan. 1977, A.J.D.A 1978, Avril, P. 215, n. RIVERO. (٢٦)

C.C. 23 Nov. 1977, A.J.D.A 1978, Nov., P. 565, n. RIVERO. (٢٧)

C.C. 25 Juill. 1979, A.J.D.A. 1979, Sept., P. 46 et mars 1980, P. 191. (٢٨)
M. Legrand.
L. FAVOREU, La Jurisprudence du C.C. en 1978-1979, R.D.P
1979, P. 1705

أغسطس ١٩٧٤ بشأن حق الإضراب فى المرافق العامة ، لتقرير مدى دستورية ما ورد فيه من أحكام تستهدف السماح للرؤساء الإداريين بعمل اللازم " لضمان تقديم الخدمة المعتادة فى المرفق " (٢٩) ، حتى فى حالة الإضراب ، تأسيسا على مبدأ دوام سير المرافق العامة. وكانت الحجة الرئيسية للنواب فى طعنهم المشار إليه ، أن حق الإضراب هو حق دستورى فى حين أن من شأن مشروع القانون سمو مبدأ دوام المرافق العامة والذى لا يتمتع بقيمة دستورية ، على حق الإضراب الذى يتمتع بالقيمة الدستورية .

ورغم أن المجلس الدستورى قد وافق على أن من شأن الإلتزام بضمان الخدمة المعتادة أن يؤدى إلى اقامة عقبة فى طريق ممارسة حق الإضراب ، إلا أنه قرر أنه وفقا لأحكام مقدمة دستور ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ والتى أحالت إليها مقدمة دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ ، فإن ممارسة حق الإضراب تتم فى إطار " Cadre " القوانين واللوائح ، ومن ثم فإن حق الإضراب وإن كان من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية ، غير أنه يمكن للمشرع وضع الحدود اللازمة لممارسته ضمانا للتوفيق الضرورى بين الدفاع عن المصالح المهنية والذى يعد الإضراب أحد وسائله ، وحماية المصلحة العامة التى من شأن الإضراب بطبيعته الإضرار بها (٣٠) وعليه فإذا كان حق الإضراب هو حق دستورى فى جوهره ، فإنه ليس بالحق المطلق حيث أشار المشرع الدستورى إلى أن ممارسته تتم فى إطار تشريعى ، وهو ما يعنى الحدود التى يفرضها عليه مبدأ دوام المرفق العام (٣١) .

"D'ASSURER UN SERVICE NORMAL".

(٢٩)

(٣٠) وبذلك يكون المجلس الدستورى قد أكد صراحة القيمة الدستورية لحق الإضراب والذى سبق لمجلس الدولة الفرنسى تأكيده ضمنا فى حكمه

C.E. 7.7.1950, Dehaene, L. 426, D. 1950, P. 583, R.D.P. 1950, P. 691.

(٣١)

L.PHILIP, La valeur Juridique du préambule de la Constitution de 1946 selon la Jurisprudence du C.C., M. Pelloux 1980, P. 265.

وتبدو أهمية قرار المجلس الدستوري فى أمرين : الأول أن المجلس قد أقر مبدأ دوام المرافق العامة دون أن يستند فى ذلك إلى أى نص يمكن أن يستمد منه هذا المبدأ ، سواء فى الدستور أم فى المقدمات أم فى إعلان حقوق الإنسان أم فى قوانين الجمهورية ، على خلاف كافة المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والتي كان يتم استنباطها من هذه المصادر ، بل ولم يبحث المجلس فى أمر الحق هذا المبدأ بأى قانون من قوانين الجمهورية أو أى نص آخر ، مما يعنى بجلاء - فى تقديرنا - الاعتراف الواضح بالمبادئ العامة للقانون كمصدر رسمى وموضوعى مستقل لقواعد القانون .

والثانى أن المجلس قد أقر صراحة بالقيمة الدستورية لمبدأ دوام المرافق العامة ، حيث اعتبر الفقه أن مقتضى هذا القرار من المجلس الدستوري الإرتفاع بالمبدأ إلى مصاف المبادئ ذات القيمة الدستورية بالمساواة مع حق الإضراب ، وأن التوفيق بين المبدأين الدستوريين ذوى المرتبة الإلزامية المتساوية هو من واجب المشرع تحت رقابة المجلس الدستوري ، إذ عليه فقط تنظيم ممارسة حق الإضراب وتعيين حدوده دون انكار له ، من خلال وضع الشروط التي تستوجبها مقتضيات مبدأ دوام المرافق العامة (٣٢) .

وقد رأى الفقه أن الاعتراف فى هذا الحكم لمبدأ دوام المرافق العامة ، وهو من مبادئ تنظيم السلطات العامة والتي ليس لها صلة بحماية الحقوق والحريات الأساسية بالقيمة الدستورية ، فقد اثبت أن دور المجلس الدستوري كمنظم للنشاط القانونى للسلطات العامة ، لا يقل أهمية عن دوره التقليدى فى حماية الحقوق والحريات الأساسية

(٣٢)

L. FAVOREU, La conciliation de deux principes a valeur constitutionnelle : Le droit de grève et la continuité du service public, R.D.P. 1979, P. 1708.

، وأن هذا الدور المتصل بنشاط السلطات العامة لم يعد قاصر على وضع الحدود بين السلطتين التشريعية واللاحقية ، وإنما امتد كذلك إلى الحدود بين السلطة التأسيسية من ناحية والسلطة التشريعية وأحيانا اللاحقية من ناحية أخرى (٣٣) .

والخلاصة أن المجلس الدستوري منذ هذا التاريخ يكون قد دخل إلى مرحلة إثراء الكتلة الدستورية بالمزيد من القواعد القانونية ، بالإضافة إلى مقدمات الدساتير وإعلان الحقوق والمبادئ الأساسية في قوانين الجمهورية ، تأتي أخيرا المبادئ التي يستخلصها المجلس دون استناد إلى أي نص .

وقد تأكد هذا النهج من قبل المجلس الدستوري بعد ذلك في العديد من قراراته مثل قراره في ١٩٧٩/١٢/٣٠ وفيه استند المجلس إلى مبدأ الدوام بصدد اختصاصات كل من البرلمان والحكومة ، وقراره في ١٦ - ١٩٨٢/٤/٢٠ الذي استند فيه إلى مبدأ وحدة العملية الانتخابية والمساواة بين المرشحين في الانتخابات التشريعية، وقراره في ١٦/١/١٩٨٢ بخصوص التأميم ، حيث رأى المجلس أن يراقب تقدير المشرع لمدى توافر الضرورة لإجراء التأميم - بدلا من نزع الملكية - خاصة مع غياب " الخطأ الظاهر التقدير " ، أو حالة تقييد نطاق الملكية الخاصة أو حرية إقامة المشروعات (٣٤) . كذلك قراره في ١٩٨١/١٠/٣٠ بشأن حرية

L. FAVOREU, LE C.C. regulateur de l'activité normative des^(٣٣) pouvoirs publics, R.D.P. 1967, P. 5.

(٣٤) راجع هذا القرار في :

R.D.P. 1982, P. 337, n. Favoreu-A.J.D.A. avril 1982, P. 200, n. Rivero-R.A. mars-avril 1982, P. 153, n. Villiers.

ويرى البعض أن هذا القرار نموذج لتطبيق المجلس الدستوري للمبادئ العامة للقانون دون استناد إلى أي نص :

G.BRAIBANT, Le droit administratif français, 1984, P. 222.

التجارة والصناعة ، وقراريه في ١٩٨٦/٩/١٨ و ١٩٨٦/١٢/١٨ حول قوانين " الخصخصة " أي تحويل ملكية القطاع العام إلى ملكية القطاع الخاص ، استنادا إلى قانون ٢ يوليو ١٩٨٦ (٣٥) .

المطلب الثالث موقف القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية

يتمثل القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية ، على المستوى الإتحادي أو الفيدرالي ، في المحكمة العليا بها وتسمى رسميا " محكمة الولايات المتحدة العليا " ، وهي تتكون من تسعة قضاة ، وتنبأ القمة بين المحاكم الفيدرالية والتي تضم إلى جانب هذه المحكمة ، المحاكم الاستئنافية وعددها ١٤ محكمة حتى عام ١٩٨٩ - آخرها المحكمة العسكرية التي أنشأها الكونجرس عام ١٩٨٩ - ومحاكم المناطق وعددها ٩٥ محكمة أنشأها الكونجرس بمقتضى قانون السلطة القضائية الصادر عام ١٧٨٩ . أما المحكمة العليا فقد أنشأها المشرع الدستوري مباشرة ، حيث خصص المادة الثالثة من الدستور لهذا الغرض وتنص الفقرة الأولى منها على أن " تخول السلطة القضائية في الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ،

= في حين يتجه البعض الآخر إلى تأصيل هذا المبدأ على إعلان حقوق الإنسان وخاصة على المبدأين ٤ و ١٧ منه بشأن حق الملكية وعدم الاعتداء عليه إلا في حالة الضرورة العامة :

CHAPUS, Droit administratif general, t. I, 4 e. ed., 1988, P. 32.

C.C. 18 sept. 1986, A.J.D.A. 1987, p. 111-R.A. 1986, P. 458. (٣٥)

C.C. 18 dec. 1986, A.J.D.A. 1987, P. 102.

راجع كذلك قرار المجلس في ١٩٨٢/٢/٢٥ حول مبدأ الحرية الإدارية ، وقراره بصدد حقوق وحريات الإدارات المحلية وضمان المبدأ الدستوري المتصل بتمثيل المصالح القومية وفقا للمادة ٧٢ من الدستور :

R.A. 1982, p. 271, 382, et 620.

ولمحاكم أدنى حسب ما يقرره الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر .

وإذ ينتسب النظام القانوني الأمريكي إلى الأنظمة الإنجلوسكسونية ، فإنه يسهل ملاحظة أن القضاء الأمريكي عموماً يحكم في المنازعات المطروحة أمامه أساساً بمقتضى قواعد " القانون القضائي - Common Law " (٣٦) ، الذي يستند إلى السوابق القضائية ، بإعتباره المصدر الرسمي الرئيسى للقانون ، وذلك إلى جانب " القانون التشريعى " أى التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ان وجدت .

وبالرغم من نشأة قواعد القانون القضائي فى انجلترا طوال سنوات ممتدة فى نظامها القضائي والقانونى ، إلا أن القضاء الأمريكى رأى ضرورة الإلتزام بجانب كبير من هذه القواعد بإعتبارها الأساس للقانون الأمريكى واجب التطبيق فى المنازعات المطروحة أمامه ، وذلك بالرغم من الشعور السائد بالمعاداة لكل ما هو إنجليزى خلال فترة الإستعمار الإنجليزى لهم ، وهى الفترة التى سرى فيها

(٣٦) نفصل ترجمة اصطلاح " Common Law " بأنه القانون القضائي استناداً إلى مصدره وذلك بالمقابلة مع اصطلاح " القانون التشريعى " دون أن يعنى ذلك أننا نعتبر أن القضاء هو المنشئ لهذا القانون ، إذ يقتصر دور القضاء على الكشف عن وجودها فى ضمير الجماعة ، كما هو الشأن كذلك بالنسبة إلى المشرع الذى لا يخلق التشريع من العدم ، وإنما يستمد من ذات المصدر الموضوعى .

ويقوم القانونى القضائى فى جوهره على فكرة القانون الذى تصنعه المنصة ، أى يصنعه القاضى الجالس على منصة القضاء ، مشتقاً أو مستمداً من مبادئ الجماعة والتاريخ ، ومن خلال التركيز على تفسير القاضى لمعتقدات الجماعة ، تتاح له مرونة كافية فى أحكامه إذا تغيرت القضايا وتغيرت الظروف ، فللقاضى كل الحرية فى أن يراعى التغيرات فى المجتمع ، وأن ينقب عن سابقة أخرى وأن يرصد حاسة الجماعة ، وبإيجاز أن يبقى على القانون كياناً حياً - راجع فى ذلك : كيف تحكم أمريكا - ترجمة نظمي لوقا - ١٩٨٨ - ص ١٦٨ - وهو ترجمة للمؤلف :

SKIDMORE-WANKE, American Government, 3 ed., 1981.

هذا القانون القضائى من انجلترا إلى الولايات المتحدة بإعتبارها احدى مستعمراتها ، ومع ذلك استمر القضاء الأمريكى فى تطبيق القواعد التى لم تحتم الظروف رفضها بإعتبارها من المبادئ التى تصلح للتطبيق فى المجتمع الأمريكى .

والأصل أن قواعد القانون القضائى ملزمة للمحاكم ما لم تر تعديلها وفقا للنظام المقرر لتعديلها ، كما أن للمشرع أن يسن ما يراه ملائما من التشريعات بالمخالفة لهذه القواعد ، غير أن ذلك لا ينفى أن لبعض قواعد القانون القضائى قيمة قانونية ملزمة للمشرع ذاته بحيث لا يتسنى له مخالفتها وإلا قضت المحاكم ، سيما المحكمة العليا ، بعدم دستورية هذه المخالفة .

فقد لاحظ الفقه الأمريكى أن القضاء الأمريكيون الأوائل ، سواء على مستوى الإتحاد أم على مستوى الولايات المختلفة ، قد استندوا إلى الحقوق الطبيعية والعقد الإجتماعى بإعتبارها قيودا على سلطات الحكومة بفرعها التشريعى والتنفيذى ، وذلك بخلاف القيود الواردة صراحة فى الدستور ، على أساس أن الدساتير إنما تكشف عن مبادئ القانون الطبيعى ، وهى مبادئ عالمية تعد مصدرا لجميع الدساتير التى يتعين عليها تجسيد هذه المبادئ بإعتبارها التعبير المطلق عن العدالة ، وعلى ذلك فإنه بغير حاجة لنص دستورى ، يحظر على السلطة التشريعية من أى قوانين من شأنها أن تهدم المبادئ العظمى للحرية الجمهورية أو للعقد الإجتماعى (٣٧) ، وبذلك توصف بعض مبادئ القانون القضائى بأنها من الأساسيات ، وأنها تعتبر القانون الأعلى الذى لا يجوز حتى للبرلمان مخالفته ، ومن ثم فإن الرقابة القضائية - ويطلق عليها فى الولايات المتحدة

(٣٧) المستشار ياقوت المشماوى : القانون فى أمريكا - ص ٧٧ - وهو ترجمة للمؤلف :
B. SCHWARTZ, The Law in America, 1974.

اصطلاح " المراجعة القضائية " تتمثل فى سلطة الحكم فى الدعاوى والمنازعات ليس فقط بمقتضى التشريعات وإنما أيضا بموجب مبادئ القانون (٣٨) .

وفى تقدير الفقه الأمريكى أن القانون - أيا كان شكله - هو معنى مركز لتجميع القيم ، وأن المحاكم تتولى على الدوام تفسير القانون بصورة متتابعة ، وبالتالي فهى تضيف إليه أبعادا جديدة وتفاصيل مستحدثة ، أى أنها تصنع فى حقيقة الأمر القواعد القانونية من خلال سلطتها فى تفسير القانون ، وذلك بهدف تطويره وتنميته (٣٩) . ولذلك ينظر إلى المحاكم فى أمريكا بأنها - ولو رغم إرادتها - ضمير الأمة الذى يصون القيم التى تراها فى الدستور ، بإعتباره معيارا لوزن التصرفات العامة ، علاوة على دورها فى تذكير الحكومة والمحكومين من حين لآخر بتلك القيم (٤٠) .

لا شك فى أن القضاء الأمريكى المستقل هو قلعة الحماية الرئيسية للمبادئ الدستورية العامة ، فالقضاء الفيدراليون لا يسألون أمام أى دائرة انتخابية ، ولذلك فإنهم لا يتعرضون للضغط السياسية ومن ثم فهم فى مركز أفضل من المشرع والسلطة التنفيذية من حيث القدرة على حماية الحقوق الدستورية للأفراد حتى ولو تطلب الأمر اتخاذ قرارات سياسية غير شعبية ، وإذا كانت

E.S. CORWIN, The Constitution and what it means today, 1954, 11 (٣٨) ed., P. 130.

ويستشهد المؤلف فى اثبات خضوع القانون لهذه المبادئ ، بما كتبه رئيس القضاء " كوك " عام ١٦١٠ وهو إنجليزى الجنسية من " أنه عندما يخالف التشريع الصادر من البرلمان الحقوق العامة أو المعقول ، فإنه وفقا لقواعد القانون القضائى ، يكون مثل هذا التشريع لاغيا " - ص ١٣٩ .

(٣٩) L. HENKIN, Foreign affairs and the Constitution, 1975, P. 205.

PATTERSON-DAVIDSON-RIPLEY, A more Perfect Union, 1982, P. 438.

(٤٠) مؤلف : كيف تحكم أمريكا - سالف الإشارة - ص ١٦٧ .

السلطتين التشريعية والتنفيذية - وكذلك حكومات الولايات - تملك أن ترفض اتخاذ أى من هذه القرارات ، فإن القضاء على خلافهما مجبر على ذلك عندما ينتظر فى دعوى محددة ، ومع ذلك فإن غياب المسؤولية السياسية المباشرة عن القضاء علاوة على خصيصة " التمعن والروية " التى يتسم بها العمل القضائى والإجراءات القضائية ، يتيح قيام الأحكام القضائية على الفكر الحر والمنطق القانونى السليم (٤١) .

ولعل من أهم ما أنتجه هذا الفكر ، ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بصدد شرط " الإجراء القانونى الواجب " DUE PROCESS OF LAW " الذى ورد فى التعديل الخامس للدستور وهو يتصل ببعض الحقوق والحريات الشخصية ، حيث اشترط للمساس بالحياة أو الحرية أو الممتلكات أن يتم ذلك وفقا للإجراء القانونى الواجب ، وهذات الشرط الوارد فى التعديل الرابع عشر الذى ألزم فى فقرته الأولى الولايات المختلفة بعدم اقرار أى قانون من شأنه المساس بحياة الشخص أو حريته أو ممتلكاته إلا وفقا لإجراء قانونى واجب .

فقد استخلصت المحكمة العليا خلال تطور متعدد المراحل بصدد تطبيق هذا الشرط (٤٢) ، ما يطلق عليه فى مصر وفرنسا مبدأ المشروعية ، على أساس أنه لا يجوز المساس بالحقوق والحريات ، سواء من جانب المشرع أو الإدارة ، إلا إذا كان هناك نص يحدد الوسائل أو الإجراءات. المشروعة لهذا المساس ، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم مشروعية القانون المخالف لهذا الشرط ، بل ومن الملاحظ أن الإلتجاء إلى ذلك الشرط قد امتد لفحص مدى ملاءمة القانون أو معقوليته كما يشار إلى ذلك هناك ، وفى هذا الصدد فإن المحكمة

(٤١) L.M. SWYGERT, Op. Cit., p. 449.
(٤٢) الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد :المرجع السابق - ص ٢٨٦ وما بعدها - وهو يطلق على هذا الشرط اصطلاح " شرط مراعاة الوسائل القانونية السليمة " .

العليا عند بحثها لما يتفق مع هذا الشرط وما لا يتفق معه قد تعدت المقابلة بين نصوص الدستور والتشريع إلى المبادئ العليا التي تهيمن على الدستور أو بالأحرى روحه للحكم بعدم دستورية التشريع المخالف لها (٤٣) .

ومن أشهر المبادئ الدستورية العامة التي أقرتها المحكمة العليا للولايات المتحدة ، بل وأول هذه المبادئ في النظام الدستوري الأمريكي ، مبدأ المراجعة القضائية ، الذي جعل منه رئيس القضاء " مارشال " حجر الزاوية في القانون الدستوري الأمريكي ، وهو المبدأ الذي يتبلور مفهومه في حق الرقابة على الدستورية وخاصة دستورية القوانين ، بهدف حماية الحقوق والحريات الفردية . فمن الواضح لدى الفقه الأمريكي أنه ليس هناك أي سند صريح يحدد الجهة أو السلطة العامة التي يمكنها أن تحدد دستورية أي عمل يصدر عن إحدى السلطات التشريعية أو التنفيذية أو القضائية أو الإدارية ، كما لا يوجد أي إجراء أو قاعدة تبين كيفية ممارسة هذه الوظيفة ومن يتولاها (٤٤) .

(٤٣) الدكتور علي السيد الباز : الرقابة على دستورية القوانين في مصر - ١٩٧٨ - ص ٢٢٩ - وهو يطلق على هذا الشرط اصطلاح " شرط الإجراء القانوني المشروع "

الدكتور مصطفى عفيفي : المرجع السابق - ص ١١٦ - وهو يستخدم اصطلاح " الإجراء القانوني الملزم " . ومن الواضح أن هناك خلاف في تفسير كلمة DUE بين الفقهاء ، وفي تقديرنا أن ترجمتها بالمشروع أو السليم يستبعد جانب الملاءمة من الإجراء القانوني ، وعلى العكس فإن ترجمتها بالملائم تؤدي إلى استبعاد جانب المشروعية ، ولذلك رأينا أن الأصوب أن نترجم بلفظ الواجب فيصبح الإجراء القانوني الواجب من حيث المشروعية وكذلك من حيث المعقولية أي الملاءمة . (٤٤)

B. CAINE, Judicial Review-Democracy Versus Constitutionality,
Temple Law Quarterly, V. 56, n.2 1983, P. 317 and P.297.
CROWIN, Op.Cit., P. 139.

غير أنه يفضل حكم المحكمة العليا في القضية الشهيرة " ماريبوري ضد ماديسون " الصادر عام ١٨٠٣ ، بسط القضاء سلطته في مراجعة الأعمال القانونية الصادرة عن المشرع أو الحكومة أو المحاكم الأدنى للتأكد من دستورتها ، ومع ذلك فإن " مشروعية Legitimacy " هذه المراجعة ومداهما الحقيقي لا زال حتى اليوم محلا للنقاش والجدل الفقهي (٤٥) ، بحثا عن أفكار جديده أو تقييم أدق للماضي في ضوء المزيد من الخبرة والفكر (٤٦) .

ويدور هذا النقاش دوما حول ما إذا كان على القضاء بصدد تحديد مدى دستورية العمل أن يحصروا أنفسهم بين الأركان الأربع للوثيقة الدستورية والمفاهيم الضرورية فيها ، أم أنهم يمكنهم بل ويلزم عليهم أن يبحثوا خارج الوثائق لتدعيم مبادئ الحرية والعدالة عندما تكون هذه المبادئ غير موجودة بين نصوص الدستور . وفي تقدير الفقه الأمريكي أن تحليل قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن ينبع بوضوح أن المحكمة لم تلتزم حرفية الدستور أو نصوصه ، حيث نهجت فلسفة سياسية متميزة ، تقوم على مصادر دستورية عليا ، وأن رئيس القضاء " مارشال " لم يستند في تقرير مبدأ المراجعة القضائية إلا على كلمة وحيدة هي " القانون Law " ، حيث تم تفسير هذا الإصطلاح على أساس أن المحكمة العليا بوصفها المختصة دستوريا بتحديد كيفية سير العمل الداخلي للمحكمة وعلى الأخص تحديد موضوعات أحكامها وكيفية إصدارها ، فإنها إذا رأت ضرورة فحص دستورية العمل محل النزاع للفصل في الدعوى ، كان لها ذلك بوصفها الحكم الأخير للدستور بإعتباره " قانون " ، ومن ثم يكون لها أن تحدد ما هو القانون (٤٧) .

CAINE, Op.Cit., P. 297.

(٤٥)

SWYGERT, Op.Cit., P. 446.

(٤٦)

L. TRIBE, American Constitutionnal Law, 1979, P. 23.

(٤٧)

V. ALSTYNE, A critical guide to Marbury v. Madison, 1969, P. 34-38.

وأهمية المبدأ الأخير أنه ما دام الدستور هو قانون فإنه يخضع لتفسير القضاء ، وهو الأمر الذى يمكن استخلاصه من نص المادة السادسة من الدستور التى تنص على أنه " سيكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التى تصدر فيما بعد طبقاً له ... القانون الأعلى للبلاد . وسيلتزم بذلك القضاء فى كل ولاية . ولا يلتفت لأى شئ يكون مخالفاً لهذا فى دستور أو قوانين أى ولاية " ، فهذه الصياغة تثبت أن المشرع الدستورى قصد بالدستور أن يكون قانوناً ، ومن ثم يكون للمحاكم سلطة تفسيره .

وتأسيساً على هذه السلطة فى التفسير غدت المحكمة العليا من أهم صناعات السياسة العامة فى الولايات المتحدة ، وذلك بالرغم من أنه وفقاً للمبدأ الديمقراطى ، فإن مسألة وضع السياسة العامة تتترك ولو نظرياً لممثلى الشعب المنتخبين وليس للقضاء المعيّنين طوال حياتهم ، ومن هنا كان الإتهام للقضاء الفيدرالى بأنه تجاوز حدود سلطاته إلى نطاق عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية بالمخالفة لمبدأ فصل السلطات (٤٨) .

= وبالإضافة إلى حكم " ماريورى ضد ماديسون " راجع كذلك حكم " الولايات المتحدة ضد نيكسون " وفيه قضت المحكمة وفقاً للتفسير الوارد فى المتن بأن " كافة السلطات الحكومية أياً كان مستواها ، مثلها مثل المواطنين ، تخضع لرقابة المحكمة العليا على مسألة الدستورية ، ويكون تفسير المحكمة ملزماً للكافة حتى الأشخاص غير الخصوم فى المنازعات " United states v. Nixon, 418 U.S. 683, 703 (1974).

JOHNSON, The Role of the Judiciary with Respect to the other Branches of Government, G A. Law Review, n. 2 1977, p. 455.

MASON, Judicial Activism : Old and new, VA. Law Review, 1969, P. 385.

McKAY, The Supreme Court as an Instrument of Law Reform, St. Louis U.L.J., 1969, p. 387.

ويرى الجانب المنتقد لمبدأ المراجعة القضائية أن القضاء يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات كفكرة جيدة إلا في حالة منع القضاء من متابعة طريقه ، وأنه من غير المقبول أن نفهم الوظيفة القضائية بأنها تعنى حرية القضاء في ممارسة عملهم بحسب رغباتهم الشخصية ووجهات نظرهم الخاصة دون تعقيب ، وهو الفهم الذى يردده بعض القضاء مثل قول القاضى " جاكسون " تعليقا على أن قرار المحكمة العليا هو قرار نهائى ، بأن رأى المحكمة ليس نهائيا لأن المحكمة غير قابلة للخطأ ، ولكنها غير قابلة للخطأ لأنها نحسب نهاية المطاف . وفى تقدير هذا الجانب أنه ليس من المحتم لضمان استقلال القضاء أن تكون سلطته مطلقة ، لأنه إذا كان من المحتم وقوع أخطاء دستورية تجعل من المراجعة القضائية أمرا لا غنى عنه ، فإنه من المحتم كذلك وقوع أخطاء قضائية ، وبالتالي يتعين السماح بالتدخل السياسى فى أعمال القضاء . ومن ناحية أخرى يرى هذا الجانب أن دور القضاء فى النظام الدستورى الديمقراطى هو المساعدة فى جعل القوانين فى أفضل صورة وليس فى صنع هذه القوانين (٤٩) .

ويرد مؤيدو مبدأ المراجعة القضائية على منتقديها بأنهم فشلوا فى التعرف على الأسس الرئيسية فى النظام الدستورى والسياسى الأمريكى ، فالقضاء لا يعملون من منطلق تجاوز سلطاتهم أو فرض سياستهم الخاصة أو فلسفتهم الإجتماعية على الآخرين ، كل ما فى الأمر أنه عندما تفشل إحدى السلطات فى اتخاذ عمل ما ، فإن المحاكم تعمل بدلا منهم من أجل تدعيم النظام الدستورى والمحافظة

J.Q. WILSON, Does the separation of powers still work?, The Public Interest, Winter 1987, pp. 36-52.
J.AGRETO, The limits of Judicial superemacy : A proposal for "Checked-Activism", GA. Law Review, V. 14, 1980, P. 471.

على استمراره . من ناحية أخرى فإن المحاكم فى أى نظام سياسى لا بد وأن تشارك بدرجة ما فى صنع السياسة وذلك فى إطار عملهم القضائى ، فإى قاض يمكن أن يواجه مشكلة الاختيار بين أكثر من تفسير أو تطبيق للتشريعات والقرارات الإدارية أو أحكام الدستور ، ومن المحتم عليه أن يجرى عملية الاختيار توصلنا إلى حل المنازعة أو الخصومة ، وعندما يجرى القاضى هذا الاختيار وفقا لتفسيره الخاص ، فإن هذا التفسير لن يندرج فى إطار السياسة العامة ما لم يكن مقبولا من القضاء الآخرين ، واعتناقهم له فى الأحكام الصادرة عنهم .

وعن الإتهام بأن القضاء له سلطة مطلقة دون تعقيب ، يرد الجانب المؤيد لمبدأ المراجعة القضائية على ذلك بأن الهدف من فصل السلطات ومبدأ الرقابة المتبادلة والتوازن بين السلطات هو ضمان أنه ليس لطبقة اجتماعية أو احدى جماعات المصالح أن تهيمن بالكامل على الحكم ، وتأسيا على ذلك يمكن للكونجرس أن يراقب القضاء الفيدرالى عندما يقوم بتفسير تشريع على نحو معين ، حيث يمكنه اجراء أى تعديل تشريعى يناقض هذا التفسير ، وحتى لو تعلق الأمر بالدستور فإن للكونجرس أن يبدأ اجراءات تعديله كذلك . اضافة إلى سلطات الكونجرس بصدد تحديد عدد أعضاء المحكمة العليا ، وفى اتهام القضاء بإرتكاب الجرائم العليا مثل الخيانة ، وفى تحديد اختصاصات المحاكم الفيدرالية ، ومن ناحية أخرى فإن لرئيس الولايات المتحدة ممارسة نوع من الرقابة السياسية من خلال سلطته فى تعيين قضاة المحكمة العليا بعد موافقة مجلس الشيوخ . وأخيرا يشير الفقه إلى أن القضاء هو أقل السلطات العامة خطورة مادامت المحاكم لا تستطيع تنفيذ أحكامها بنفسها (٥٠) .

(٥٠)

SWYGERT, Op.Cit., P. 443.

J. CHOPER, Judicial Review and the national political process, 1980, p. 6.

A. BICKEL, The Supreme Court and the idea of progress, 1978, p. 88.

A.E. HOWARD, Op.Cit., p. 122.

=

وقد تعددت الأحكام القضائية للمحكمة العليا بعدم دستورية الكثير من القوانين لمخالفتها المبادئ القانونية العامة ، وخاصة فى عهود رؤساء القضاة " مارشال " و " وارين " و " بيرجر " ، مثل مبدأ عدم جواز انتهاك الولايات المختلفة للحقوق والحريات الفردية ، وحق الخصوصية فى استخدام موانع الحمل ، وحق الإجهاض ، وحق المعيشة مع أى من الجدتين كعائلة ، ومبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق ، علاوة على المبادئ الكبرى المتطورة بصدد مسألة التمييز العنصرى ورفض حق الانفصال للولايات والمساواة بين المتنفعين بالمرافق العامة وأمام الأعباء العامة (٥١) . وجدير بالتنويه فى هذا الصدد أنه بالرغم من التجاهل المحكمه العليا مرارا لمبادئ القانون الطبيعى والعدالة بوصفها من المبادئ القانونية العامة ، رغم ثبات واستقرار الأولى بالمقابلة مع مرونة وتطور الثانية ، إلا أن تطور قضاء المحكمه العليا بصدد مسألة العبيد والتمييز العنصرى والمساواة يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن القضاء يعكس دوما ما فى ضمير الجماعة من مبادئ متطورة ومتغيرة بتغير الزمان ، خلافا لمبادئ القانون الطبيعى ، وهو ما يعنى أن القضاء الأمريكى يعتد فى الأصل بالمبادئ القانونية العامة كمصدر ملزم للسلطات العامة والتي يدخل ضمنها - مع قابليتها للتطوير - مبادئ القانون الطبيعى . (٥٢)

= راجع كذلك الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد : محكمه وارن والحريات العامة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤١ عدد ١ و ٢ - ١٩٧١ ص ٤ وما بعدها .

S. GOLDMAN, Constitutional Law and Supreme Court: (٥١)

Decision-Making, New York, 1982, p. 41.

L. BAUM, The Suprem Court, 2 ed., Washington D.C., 1985, p. 19.

(٥٢) راجع فى هذه المسألة مقال الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد سالفه الإشارة - من ص ٣٥ إلى ص ٧١ - عن مبدأ المساواة ومحاولة القضاء على التفرقة العنصرية .

المطلب الرابع موقف القضاء الدستوري في مصر

القضاء الدستوري في مصر نشأ من الناحية العضوية عام ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ، ولكنه من الناحية الموضوعية كان قائما لدى جميع المحاكم على مختلف أنواعها ، لاسيما بعد صدور الحكم الشهير لمحكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/٢/١٠ ، والذي قضى بحق المحاكم المصرية في التصديق لبحث دستورية القوانين والمراسيم بقوانين - أى القرارات بقوانين ونفا للإصطلاح المستخدم حاليا - سواء من ناحية الشكل أو الموضوع (٥٣) . وحيث أن هذا الحكم لم يتأسس على أى نص صريح في الدستور أو القوانين ، فمن الجلى في تقديرنا أنه صدر ليقرر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين والقرارات بقوانين ، بوصفه من المبادئ القانونية العامة ، تماما مثلما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية عند تقرر مبدأ المراجعة القضائية لدستورية القوانين بحكم قضائى على نحو ما سبق شرحه .

ومراسمة أحكام القضاء الإداري تؤكد بوضوح بالغ اعتناقه لنظرية المبادئ العامة للقانون ، ففي حكم مبكر لمحكمة القضاء الإداري بعد انشاء مجلس الدولة في مصر ، قضت المحكمة في ١٩٤٨/١٢/١ بأن " مبدأ فصل السلطات لا يعنى استئثار كل سلطة بالوظيفة المخولة لها أصالة حتى ولو نص القانون على خلاف ذلك ، بل معناه تواصل السلطات واتحادها في أداء أعمالها في حدود القوانين ، فيجوز مثلا للبرلمان اصدار قرارات ادارية خولته القوانين الحق في اصدارها ، كما يجوز له طبقا لأحكام المادة ٩٥ من الدستور الفصل في صحة نيابة أعضائه ، وعمله في هذا الشأن قضائى صرف ، كما يجوز للسلطة التنفيذية اصدار اللوائح التنفيذية أو التنظيمية التى هي

(٥٣) حكمها فى القضية ٦٥ لسنة ١ ق ، المجموعة السنة ٢ ص ٣١٥ .

دساتير العالم من النص عليه وتوكيده ، وكل مصادرة وجدت لهذا الحق على اطلاقه تقع باطله وغير مشروعة ومنافية للمبادئ العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية المرعية" (٥٩) .

أما المحكمة الادارية العليا فقد أشارت في الكثير من أحكامها إلى " أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصا دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه " (٦٠) ، ومن المسلم به أن المقصود بروح الدستور ومقتضاه المبادئ القانونية العامة المستمدة من روح الدستور .

ويدورها تقضى محكمة النقض بالمبادئ القانونية العامة وخاصة في المجال الدستوري ، ومثالا على ذلك ما قضت به من " أن قضاء الدستور بصدر الحكم بهذه المثابة ، ليس إلا افصاحا عن أصل دستوري أصيل وأمر سبق مقضى مفترض بقوة الدستور نفسه ، من أن الأحكام تصدر باسم السلطة العليا صاحبة السيادة وحدها ومصدر السلطات جميعا - الأمة أو الشعب - لكون ذلك الأصل واحدا من المقومات التي ينهض عليها نظام الدولة " (٦١) .

ومع انشاء القضاء الدستوري ممثلا في المحكمة العليا عام ١٩٦٩ ثم المحكمة الدستورية العليا القائمة حاليا عام ١٩٧٩ ، اتجهت أحكام هذا القضاء إلى اعتناق العديد من المبادئ القانونية

(٥٩) حكمها في ١٩٥٤/٣/١٥ قضية ٦٣٦ لسنة ٧ ق ، المجموعة السنة ٨ ص ٩٦٩ - وفي ١٩٥٤/١١/٢٣ ، المجموعة السنة ٩ ص ٤٣ - كذلك حكمها في ١٩٥٢/٦/٢١ قضية ١٠٩٠ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة ٦ ص ١٣٥٧ .
(٦٠) راجع أحكامها في ١٩٥٧/٦/٢٩ قضية ١٦١ لسنة ٣ ق وفي ١٩٥٨/٧/١٢ قضية ٩٢٩ لسنة ٣ ق ، وفي ١٩٦٤/٧/٢١ قضية ١١١٦ لسنة ٧ ق - منشور في الموسوعة الادارية الحديثة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦/١٩٨٧ - الجزء ١٣ ص ٥٧٠ ومابعدها .
(٦١) حكم الهيئتين الجنائية والمدنية مجتمعتين في ١٩٧٤/١/٢١ ، مجموعة المواد الجنائية السنة ٢٥ ص ٣ .

العامة ، وأن لم تذكر صراحة ذلك ، وخاصة فى مجال الحقوق والحريات العامة ، بإعتبارهما من الأصول الدستورية التى قد يؤكدها المشرع الدستورى صراحة أو ضمنا ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة العليا من أن " المشرع قد التزم فى جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية إقامة الشعائر الدينية بإعتبارهما من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة فى كل بلد متحضر " (٦٢) ، ومن أن التقاضى حق دستورى أصيل قرره الدستور القائم بنص صريح ، كما قرره الدساتير السابقة ضمنا ، وأن المشرع الدستورى لم يقف عند حد تقرير حق التقاضى للناس كافة كمبدأ دستورى أصيل ، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى ضد رقابة القضاء ، رغم أنه يدخل فى عموم المبدأ الأول الذى يقرر حق التقاضى للناس كافة ، وذلك توكيدا للرقابة القضائية على القرارات الادارية (٦٣) ، وهو حق لم يجعله الدستور وقفا على المصريين وحدهم ، بل كفل هذا الحق أيضا للأجانب (٦٤).

ومن المبادئ القانونية العامة التى استمدتها المحكمة الدستورية العليا من روح الدستور مبدأ الحرية النقابية وذلك تأسيسا على المادة ٥٦ من الدستور التى تنص على انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون ، حيث قضت المحكمة بأن مؤدى هذا النص أن المشرع الدستورى لم يقف عند حد

(٦٢) حكمها فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٧ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الاول ص ٢٢٨ .

(٦٣) المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٤/١٦ دعوى رقم ١٤ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٨ - والمحكمة الدستورية العليا ١٩٨٣/٢/٥ دعوى رقم ٧ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٨٦ - وفى ١٩٨٣/١٢/٣ دعوى رقم ٩٢ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ١٨٠ - وفى ١٩٨٥/٢/١٦ دعوى رقم ٦٧ لسنة ٦ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ١٤٥ - وفى ١٩٨٧/٤/٤ دعوى رقم ١ لسنة ٨ ق .

(٦٤) المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٨/٦/٤ دعوى رقم ٩٩ لسنة ٤ ق .

كفالة حق تكوين النقابات ، " بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ الديمقراطية النقابية " ، وأن المشرع عنى بالأساس الديمقراطية " تأكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي يقتضى - من بين ما يقتضى به - أن يكون لأعضاء النقابة الحق فى أن يختاروا بأنفسهم وفى حرية قيادتهم النقابية التى تعبر عن ارادتهم وتنبؤ عنهم ، الأمر الذى يستتبع عدم جواز اصدار هذا الحق بحظه أو تعطيله " (٦٥) . كما أن المحكمة استمدت من المادة الخامسة من الدستور - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - حيث نصت على أن " يقوم النظام السياسى فى جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب " ، مبدأ حرية تكوين الأحزاب وحق الانضمام إليها ، فقد قضت المحكمة بأن " الدستور إذ تطلب تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسى فى الدولة ، يكون قد كفل بالضرورة حرية تكوينها فى الاطار الذى رسمه لها ، بما يستتبع حتما ضمان حق الانضمام إليها " (٦٦) .

وفى مجال العلاقة بين السلطات العامة يمكن ملاحظة بعض المبادئ القانونية العامة ، ومثال ذلك مبدأ الرقابة الادارية الذاتية حيث قضت المحكمة العليا بأن " من المبادئ الدستورية المقررة أن للحكومة سلطة مراقبة أعمال الوزارات والمصالح والهيئات التابعة لها ، وأن تلغى أو تعدل قراراتها التى ترى أنها غير ملائمة على الوجه المبين بالقانون وتلك هى الرقابة الادارية الذاتية " (٦٧) كذلك مبدأ عدم تعديل طبيعة القرار بقانون نتيجة اقرار السلطة

- (٦٥) حكمها فى ١٩٨٢/٦/١١ دعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٢٧ .
(٦٦) حكمها فى ١٩٨٦/٦/٢١ دعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٣٥٣ .
(٦٧) حكمها فى ١٩٧٢/٤/١ دعوى رقم ١١ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٧٣ .

التشريعية له ، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " اقرار مجلس الشعب للقرار بقانون لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره . كما أنه ليس من شأن هذا الاقرار فى ذاته أن ينعقد به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والاجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا تترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون " (٦٨) ، كذلك الأمر بالنسبة للاستفتاء الشعبى ، حيث قضت المحكمة بأنه " لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذى رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى اصدار أحكامه أو مخالفتها ، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لا يجوز تعديلها إلا وفقاً للاجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور ، وبالتالي لاتصح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقتنة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور ، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور " (٦٩) .

من ناحية أخرى يمكن ملاحظة أن الكثير من أحكام القضاء الدستورى تقوم على أساس مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام وإطراد ، وعلى سبيل المثال رأت المحكمة العليا فى نص المادة ١٩١ من الدستور والتى تقضى بأن كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً نافذاً ، مجرد تطبيق لهذا المبدأ ، حيث قضت بأن ما عناه المشرع الدستورى بنص هذه

(٦٨) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ دعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ١٩٥ .
(٦٩) حكمها فى ١٩٨٦/٦/٢١ - سالف الإشارة .

المادة " هو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والاخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة فور صدوره وذلك دون تطهير تلك التشريعات مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل التشريع القائم " (٧٠) .

وفي تقديرنا أن هذا المبدأ هو ذاته الأساس الذي قام عليه حكم المحكمة في ١٩٩٠/٥/١٩ محل هذه الدراسة ، والذي قضى بعدم دستورية المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب بعد تعديلها ، حيث ورد في حيثيات هذا الحكم وأسبابه أنه " لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة . فإن مؤدى هذا الحكم ولزامه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى ما ذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من اجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والاجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة ، وذلك ما لم يتقرر الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه الحكم " .

هذا القضاء يقوم على أنه بالرغم من بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، إلا أن أعمال هذا المجلس تظل نافذة إلى أن يتم

(٧٠) حكمها في ١٩٧١/٣/٦ دعوى رقم ٣ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ١ - وفي ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ٤٤٢ .

الغاؤها أو تعديلها أو يقضى بعدم دستوريتهما ، أى أنها تأخذ حكم الأعمال الصادرة عن مجلس صحيح قانونا ، وهذا الوضع يشابه إلى حد كبير العديد من الأوضاع الظاهرة أو الفعلية والتي تجمعها نظرية المراكز الفعلية على نحو ما سنبينه لاحقا ، ومثال هذه الأوضاع فى القانون الدستورى النائب الظاهر والحكومة الفعلية ، وفى القانون الادارى الموظف الفعلى . وتتأسس نظرية المراكز الفعلية فى القانون الادارى على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، أما فى القانون الدستورى فيمكننا القول بأن هذه النظرية تتأسس على مبدأ مماثل لنظيره فى القانون الادارى ، هو مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، بإعتباره من المبادئ القانونية العامة فى المجال الدستورى ، والتي تعد من المبادئ الملزمة للسلطات العامة فى الدولة .

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الحديث فى مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها فى المجال الدستورى ، حيث يؤكد أن الواقع العملى يشير إلى " أن القاضى يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل ، أو أنه يعتمد فى تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها ، فيطبق هذه المبادئ بإعتبارها أصلا عاما أو قاعدة واجبة الإتباع ، ومن هنا لا تبدو ثمة مشكلة ، فما دام القاضى لم يتجاهل حكم الدستور أو يؤوله تأويلا خاطئا بغية الإستعانة بهذه المبادئ ، فإن هذه المبادئ العليا تلعب دورها الطبيعى ، مشكلة العنصر الذى يمكن القاضى من استنباط الحلول للنزاعات الدستورية التى تطرح أمامه . فعمل القاضى الدستورى لا يفترق عن عمل نظيره المدنى أو الإدارى من حيث الجوهر ، وهو يحتاج مثلهما إلى مبادئ عامة يستقيها من دستوره ومن الأصول ذاتها التى تحكم عملية وضع الدستور ، ومنها أيديولوجيته وما تهدف إليه ، بالأصول النظرية والسوابق العملية لما سبق من دساتير ، والمفهوم السائد فى المجتمع عما تتضمنه الدساتير من أحكام

تتعلق بالحقوق والحريات العامة وما يحويه الضمير القانوني في المجتمع " (٧١) .

وعلى ذلك ، وتأسيساً على ما تقدم نعالج في المبحث التالي نظرية المراكز الفعلية في القانون الدستوري ، والتي من تطبيقاتها في تقديرنا حالة البرلمان الفعلي أو الظاهر ، باعتبار أن هذه النظرية بتطبيقاتها في المجال الدستوري تتأسس على أحد المبادئ القانونية العامة هو مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد.

(٧١) الدكتور محمد ماهر أبو العنين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - ١٩٨٧ ص ٤٣١ وما بعدها - ويراجع بصدد المبادئ القانونية العامة عموماً مؤلفنا : تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - ١٩٨٦ ، كذلك الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية . القضاء الدستوري في مصر - ١٩٨٨ - حيث يؤيد اتجاهاً في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة بذاتها للسلطة التشريعية - مثلها في ذلك مثل غيرها من المبادئ القانونية العامة - ومن ثم فإنها تعتبر مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات . ص ٢٠٨ : ٢٣٧ .

المبحث الثاني نظرية المراكز الفعلية فى القانون الدستورى

أثارت المحكمة الدستورية العليا بقضائها استمرار نفاذ ما قرره مجلس الشعب من قوانين وقرارات وما اتخذته من اجراءات رغم بطلان تكوينه منذ انتخابه ، جدلا فقهيا حول أساس هذا القضاء الذى يبدو فى ظاهره غير متسق مع المنطق القانونى المجرد ، إذ الأصل أن عدم دستورية بعض نصوص قانون انتخاب السلطة التشريعية يؤدى إلى بطلان تكوين هذه السلطة التى تم انتخابها وفقا لهذه النصوص ، ولما كان من المستقر عليه أن ما يبنى على الباطل يكون بدوره باطلا ، فإنه يستتبع بطلان تكوين السلطة ، أن تكون باطلة كافة أعمال هذه السلطة ، والخروج على هذه القاعدة يستلزم أن يقوم على أساس قانونى كاف لتبرير هذا الخروج .

وعليه أثارت المحكمة عندما قضت بإيجاز باستمرار نفاذ القوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من مجلس الشعب الباطل تكوينه منذ انتخابه ، دون تحديد الأسس القانونية التى يقوم عليها هذا القضاء ، ذلك الجدل الفقهى المشار إليه ، حيث رأى بعض الفقهاء (١) أن بيان هذه الأسس كان أمرا مطلوبا لأن المحكمة مهما كانت طبيعة وظيفتها المتميزة فى حماية الشرعية الدستورية ، فإنها إنما تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانونى ومقيده بضوابطه ، لذلك كان من المأمول أن تبين المحكمة الإعتبارات الفنية التى أقامت عليها قضاؤها فى هذه المسألة بالرغم من أن الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة لا ترتد إلى استخلاص قواعد قانونية مجردة

(١) الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : مفاهيم أساسية حول الحكم ببطلان تشكيل مجلس الشعب وكيانية تنفيذه - مجلة القضاء - عدد يناير/يونيو ١٩٩٠ - ص ٨٥ وما بعدها .

تفرغها فى احكامها ، اذ هى رقابة تمارسها محكمة أمينة على مسئوليتها ، متفهمة لمراميتها ، مستجيبة لمتطلباتها .

ووفقا لهذا الفقه ، فإن الفقه والقضاء الدستوريين فى مصر وفى الخارج ، يسلمان بضرورة الحد من اطلاق القاعدة النظرية ، قاعدة الأثر الرجعى للحكم ، مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية ، إلا أن مراعاة الإستقرار لا تؤخذ على اطلاقها ، وإلا لأدت إلى اهدار مبدأ الشرعية وشل آثار الحكم كلية (٢) ، ومن هنا وضعت ضوابط قانونية لإعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، على أساس بعض القواعد والأفكار القانونية ، كفكرة حسن النية وحماية الظاهر وفكرة الموظف الفعلى ، ووضعت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة ضوابط قانونية تتمثل فى حماية الحقوق والمراكز التى استقرت بأحد أمرين: بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بإنقضاء مدة التقادم .

ولذلك كان واضحا فى تقدير هذا الفقه بحق ، أن الإعتبارات التى أملت على المحكمة هذا الحل هى اعتبارات عملية تتمثل فى الرغبة فى المحافظة على الإستقرار وتفادى الإنهيار الدستورى ، وفى ذلك اجتهدت المحكمة اجتهدا جديدا دون أن تبين أساسه (٣) .

(٢) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى - ١٩٨٣ - ص ٦١٤ وما بعدها .

(٣) يشير الأستاذ الدكتور عاطف البنا إلى رأى الأستاذ الدكتور مصطفى السطل - طالما جميعا فى جريدة الأهرام اليومية - يتجه فيه إلى اسناد ما انتهت إليه المحكمة من الناحية الفنية إلى مبدأ عدم المساس بما تم من تطبيق للقانون غير الدستورى إذا ما كان هذا التطبيق قد دخل حيز النفاذ تأسيسا على أن تطبيقات قانون الإنتخاب بحسابه قانونا يشكل السلطة التشريعية هى فى الحقيقة القوانين الصادرة من هذا المجلس وليست الأحكام القضائية المتولدة عنها كما هو الحال فى غيره من القوانين . ويعنى ذلك أنه للحد من الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية يمكن قياس الأعمال التى تصدر من مجلس أو هيئة تشكيلها باطل على المراكز والأوضاع التى استقرت بأحكام قضائية نافذة ، بيد أن هذا الأساس " الفنى " لا يقدم أساسا قانونيا لهذه الفكرة أو ذلك القياس - المقالة سالفة الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٦ .

ويرى صاحب هذا الإتجاه أن فقه القانون العام يعرف فكرة الموظف الفعلى ، وهو الشخص الذى يمارس أعمال وظيفه عامه دون الإستناد إلى أداة قانونية سليمة يشغله اياها ، ومع ذلك يصحح الفقه والقضاء أعماله فى حالات معينة ، وعلى ذلك ويصرف النظر عن مدى توافر شروط إعمال نظرية الموظف الفعلى ، فإنه يمكن القول بأن المحكمة قد طبقتها بتصحيح ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات .

وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه يمثل البداية الصحيحة فى طريق البحث عن الأساس القانونى لقضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، ومع ذلك فإنه لا يسوغ اعتبار نظرية أو فكرة الموظف الفعلى هى بذاتها الأساس القانونى لصحة قوانين وقرارات وإجراءات مجلس الشعب الباطل ، لأن هذه الفكرة ليست سوى تطبيق لنظرية أشمل هى نظرية المراكز الفعلية كما أشرنا سلفا ، ومن ثم يمكن القول بأن المحكمة الدستورية العليا قد قامت بقياس حالة مجلس الشعب على حالة الموظف الفعلى بإعتبارهما مجرد تطبيقات لنظرية المراكز الفعلية ، خاصة وأن نطاق تطبيق " فكرة " الموظف الفعلى تقتصر على النظام القانونى للموظف العام فى القانون الإدارى ، ولا مجال لها فى نطاق القانون الدستورى ، وبالتالي إذا جاز القياس فى مثل هذه الحالة ، فإن الأقرب إلى حالة مجلس الشعب المشار إليها ، فكرة النائب الظاهر أو الفعلى وليست فكرة الموظف الفعلى .

ولبيان ما تقدم نبين فيما يلى مدلول نظرية المراكز الفعلية ، وأساسها القانونى ، وتطبيقاتها فى مجال القانون الدستورى .

المطلب الأول مدلول نظرية المراكز الفعلية

المراكز الفعلية هي المراكز التى ينكرها القانون بسبب افتقارها أحد الشروط اللازمة قانونا لمشروعيتها أو بالأحرى مشروعية قيامها (٤) ، فهى اذن مراكز واقعية تتخذ صورة المراكز القانونية رغم أنها من الناحية القانونية ليست كذلك .

ويشترط لقيام المراكز الفعلية تحقق أمرين : الأول هو وجوب توافر الوجود المادى للمركز الفعلى ، أى الظهور - خلافا للقانون - بمظهر المركز القانونى الصحيح الذى يتعين قيامه أو وجوده فى النظام القانونى ، أما الثانى فهو تخلف أحد شروط صحة أو مشروعية قيام هذا المركز قانونا ، بالرغم من قيامه من حيث الواقع .

بيد أن المشكلة الحقيقية فى هذه المراكز لاتتعلق بوجودها فى ذاتها ، وإنما فى ممارسة الحقوق والواجبات التى يفرضها هذا المركز من الناحية القانونية ، ولذلك فإنه بالرغم من اختلاف الآثار المترتبة على الأخذ بهذه النظرية من تطبيق لآخر ، إلا أنها تتركز أساسا فى مدى نفاذ التصرفات المستندة إلى هذه المراكز غير القانونية أو الفعلية ، بوصفها تصرفات تستند إلى مراكز قانونية صحيحة ، وذلك على خلاف الأصل من بطلان هذه التصرفات لصدورها عن مراكز غير مشروعة .

وتقتصر آثار نظرية المراكز الفعلية فى هذا الصدد على نفاذ هذه التصرفات دون تصحيحها ، بمعنى أنه يشترط لنفاذها أن تتفق

(٤)

G. NOTTE, Les dirigeants de Fait de personnes morales de droit privé,
th. Paris 1978, p. 56.

مع كافة القواعد القانونية التى يتعين على المركز القانونى الصحيح الالتزام بها فى اصدارها ، فالاعتراف بنفاذ هذه التصرفات ليس من شأنه تطهيرها من العيوب القانونية التى قد تلحق بها ، باستثناء العيب المتصل بإرادة من أنشأ هذا التصرف دون غير ذلك من العيوب القانونية ، إذ ليس من مقتضيات هذه النظرية الاطاحة بمبدأ المشروعية ونتائجه ، وإنما يقتصر المساس بذلك المبدأ على الآثار التى تقتضيها الاعتبارات العملية المختلفة التى أدت إلى الأخذ بهذه النظرية ومساندتها ، وهى اعتبارات تدور حول فكرتين رئيسيتين هما :

أ - حماية الغير حسنى النية ، إذا كانت المظاهر الخارجية التى يمارس من خلالها شاغل المركز الفعلى مختلف حقوق وواجبات هذا المركز تؤدى إلى الوقوع فى غلط موضوعى معقول يبرر التعامل معه ، رغم مخالفته للاوضاع القانونية الصحيحة .

ب - كفالة الاستقرار والأمن الاجتماعى ، بإعتباره من دعائم النظام القانونى القالم ، ضمانا لتحقيق التقدم فى المجتمع دون عوائق قانونية تهدد هذا الاستقرار (٥) .

المطلب الثانى

الأساس القانونى لنظرية المراكز الفعلية

بملاحظة الاعتبارات العملية سالفه الذكر فى المطلب السابق ، يمكن ملاحظة أن الفكرة الأولى التى تقوم عليها هذه الاعتبارات تخلص إلى حماية الظاهر ، فى حين أن الفكرة الثانية تخلص إلى حماية الاستقرار ، ومن ثم يتعين فى البحث عن الأساس القانونى

(٥) P. MONTANE, L'inertie des Pouvoirs Public, th. Paris 1950, P. 500.

وعلى ذلك فإنه يصدد الموظف الفعلى ، يتمثل الأساس القانونى للنظرية فى الظروف العادية فى فكرة الظاهر ، فى حين أنه يتمثل فى الظروف الاستثنائية فى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد (٨) ، أو فى فكرة الضرورة لدى بعض أنصار هذه التفرقة . (٩)

وبالرغم من أن هذا الاتجاه هو الرأى السائد فقها وقضاء ، إلا أنه يعاب عليه بصدد حالة الظروف العادية ما سبق عرضه بالنسبة للاتجاه الأول ، علاوة على خلط بعض أنصار هذا الاتجاه أمام حالة الظروف الاستثنائية بين فكرة الضرورة كنظرية تسمح بمخالفة قواعد الاختصاص بسبب هذه الظروف ، وفكرة الموظف الفعلى كشخص منبت الصلة بالإدارة ، ولكنه إزاء قيام بعض الظروف الاستثنائية ، يرى أن من المحتم عليه تولى الوظيفة العامة دون سند ضمانا لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد .

(٨) الدكتور مجدى عز الدين يوسف : المرجع السابق - ص ٢٠٨ و ص ٢٣٦ وص ٢٧٢ .

E. JOUVE, Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français, R.D.P. 1968, p. 283.

AUBY, La théorie de l'inexistence des actes administratif, th. Paris, 1947, P. 56.

T. ROUSSEAU, Essai d'une théorie de la fonction et fonctionnaires de fait, th. Paris 1914, P. 105.

H. CHARLES, La continuité du service public en periode de crise, Etudes publiees sous la direction de J.P. Gille, 1973, p. 89.

R. CRISTINI, L'intervention de tiers dans l'Administration, Les même études de Gille, 1973, p. 82.

MONTANE, Op.Cit., P. 501.

A. DE LAUBADERE-VENEZIA-Y. GAUDEMET, T. ٩ de droit administratif, t.I, 11 éd., 1990, P. 565.

الأستاذ الدكتور ماجد الحلو : نظرية الظاهر فى القانون الإدارى - مجلة الحقوق والشريعة - الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت - السنة الرابعة - العدد الأول - يناير ١٩٨٠ - ص ٦٢ .

الاتجاه الثالث :

وهو يرى بحق فى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، الأساس القانونى الصحيح لنظرية الموظف الفعلى فى كل الحالات ، باعتباره من المبادئ القانونية العامة المعترف به فقها وقضاء ، وهو أساس يمتد ليشمل حالة الموظف الفعلى فى الظروف العادية إلى جانب الظروف الاستثنائية ، فالاعتراف بصحة تصرفات الموظف الظاهر أمر يقتضيه حسن سير المرافق العامة نفسها ، لأن الادارة لا تعيش بمعزل عن الأفراد ، وتعاون الأفراد مع الادارة فى تحقيق الأهداف المشتركة أيا كانت صوة هذا التعاون هو أمر لازم لكفالة سير المرافق العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها وإشباع حاجاتهم التى لا غنى عنها ، ويستلزم توفير هذا التعاون عدم اهدار الثقة المشروعة التى يوليها الأفراد للادارة ، فلا شك أن الاخلال بهذه الثقة سوف يكون من شأنه تردد الأفراد فى تعاونهم مع الادارة أو احجامهم تماما عن ذلك التعاون تجنباً لآثار ضارة قد لا تكون فى الحسبان ، ألا مر الذى يكون من شأنه التأثير فى سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فالمسألة اذن لا تتصل بحماية الجمهور حسن النية بقدر ما ترتبط بضمان الثقة المشروعة فى تصرفات الادارة . (١٠)

وفى تقديرنا أنه يلزم ملاحظة أن الأسس العملية والقانونية لاعتماد صحة بعض التصرفات الباطلة أصلاً فى القانون الخاص ، لا تصلح غالباً فى القانون العام ، فالأخذ بنظرية الظاهر أو مبدأ أن

(١٠) الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : دوام سير المرافق العامة - ١٩٧٥ - ص ١٨٢ وص ١٩٧ .

BELEBLOND, L'incompétence de autorités administratifs dans la Jurisprudence administratif, th. Paris 1982, p. 202.

LEDoux, Essai d'une théorie sur la Fonction de fait, R. général d'Adm., 1912, p. 401.

الغلط الشائع يولد الحق كأساس قانونى لتصحيح التصرفات الناجمة عن بعض الأوضاع الظاهرة مثل المالك الظاهر أو الوارث الظاهر أو الوكيل الظاهر أو الشركة الفعلية ، لا يعنى صلاحية هذه النظرية أو ذلك المبدأ فى القانون العام ، إذ تختلف الغاية من نظرية المراكز الفعلية فى القانون الخاص عنها فى القانون العام ، حيث تبرز اعتبارات حسن النية والموازنة بين المصالح المتعارضة وفكرة العدالة كأسس عملية تبرر هذه النظرية فى القانون الخاص ، بينما تختلف هذه الأسس فى القانون العام حيث تبرز اعتبارات الاستقرار والثقة المشروعة كمبررات عملية للنظرية فى هذا القانون . ولذلك نرى فى القانون الخاص أن تمسك الغير بالتصرفات الصادرة عن المركز الفعلى أو عدم تمسكهم بها يعتمد أساسا على مدى تحقق مصلحتهم الخاصة من التمسك أو عدم التمسك ، فالأمر فى النهاية يعود إلى التوازن بين المصالح الخاصة للأفراد ، وهو ما يختلف جذريا عن نظيره فى القانون العام ، حيث الغاية الوحيدة من مثل هذه النظرية فى ذلك القانون هى تحقيق المصلحة العامة وتخليبها على المصالح الخاصة ، حتى وأن ترتب على ذلك الأضرار بقلّة من الأفراد. ومن غير شك فإن المصلحة العامة تتحقق فحسب بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وعليه فإن حماية المراكز الفعلية فى القانون العام تقوم على أساس تغليب الاعتبارات العملية التى تتمثل فى ضرورة الاستقرار وتوفير الثقة المشروعة ، بإعتبارها الأكثر تحقيا للمصالح العام من تقرير بطلان التصرفات الصادرة عنها لصدورها عن غير ذى صفة ، وذلك استنادا إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة (فى القانون الإدارى) أو السلطات العامة (فى القانون الدستورى) بانتظام

واطراد ، بإعتباره من المبادئ القانونية العامة المقررة فقها وقضاء
بغير حاجة إلى نص يقرره أو يؤكد (١١) .

وفى اطار القانون الدستوري يمكن ملاحظة أن المشرع الدستوري
طبق مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد فى العديد من
النصوص ، مما يؤكد جواز تطبيق المبدأ فى حالات أخرى ، من خلال
أسلوب التعميم وهو أحد أساليب الكشف عن المبادئ القانونية العامة
على نحو ما بنياه سلفا .

ففى فرنسا كان المشرع الدستوري بالغ الوضوح عندما نص فى
المادة ١٦ من الدستور الحالي على أنه " إذا أصبحت المؤسسات
الجمهورية ... مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه انقطاع سير السلطات
العامة الدستورية المنتظم ، يتخذ رئيس الجمهورية الاجراءات التى
تقتضيها هذه الظروف ... ويجب أن يكون الغرض من هذه الاجراءات هو
تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهامها فى أقرب وقت
ممكن ... ويجتمع البرلمان بحكم القانون ، ولا يجوز حل الجمعية
الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات " ، كما أن المشرع الدستوري

(١١) من المستقر عليه اليوم فى فرنسا أن مبدأ استمرارية - وليس دوام -
المرافق العامة من المبادئ القانونية العامة الملزمة رغم عدم استنادها إلى
أى نص مكتوب ، حيث يعتبره مجلس الدولة الفرنسى من المبادئ
الاساسية " ، كما أن المجلس الدستوري هناك يعضى عليه القيمة
الدستورية وليس فقط قيمة التشريع - راجع فى ذلك .

C.E 13.6. 1980, Dme Bonjean, L. 274.

C.C. 25.7. 1979, Continuité du service public de la radio-télévision,
A.J.D.A 1979, P. 46 et 1980, p. 191-R.D.P. 1979, p. 1705-R.A. 1980, P. 75.

C.C. 22.7. 1980, Contrôle des matières nucléaires, A.J.D.A 1980, p. 602.

C.C. 28.7. 1987, Mesures d'ordre social, R.D.P. 1988, p. 1315-R.A. 1988,
p. 437.

J.M. BOLLE, Le principe de continuité des services publics, th. Paris
1975.

A. DUPIÉ, Le principe de continuité des services publics, sur les
services publics, Economica, 1982, p. 39.

الفرنسي كان أيضا واضحا في تقرير ذات المبدأ عندما نص في المادة الخامسة كذلك على أن " يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور . وهو يضمن بإعتباره حكما ، السير المنتظم للسلطات العامة واستمرار بقاء الدولة ... " .

أما المشرع الدستوري في مصر فقد أشار بدوره إلى نفس المبدأ بالنص في المادة ٧٣ من الدستور الحالي على أن " رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ... ويعرعى الحدود بين السلطات لضمان تادية دورها في العمل الوطني " ، وتأكيذا لتحقيق هذا الضمان الذي يعنى في تقديرنا ضرورة استمرارية السلطات العامة في أداء دورها الدستوري بانتظام واطراد ، نص الدستور في المادة ٧٤ على أن " لرئيس الجمهورية إذا قام خطر .. يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ... " .

ويتضح من هذه النصوص (١٢) أنه يشترط للالتجاء إلى نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي أن يتوافر الخطر الجسيم الحال الذي ينشأ عنه انقطاع السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية ، ومن الجلى أنه يكفى توقف احدى هذه السلطات عن السير المنتظم للالتجاء إلى هذا النص ، إذ اضافة إلى أن هذا التوقف من شأنه التأثير على أداء السلطات العامة الأخرى على أكمل وجه ، فإن اقتضاء الشرط على ضرورة شموله لكافة السلطات الدستورية يؤدي عملا إلى تعطيل تطبيق هذه المادة تماما لاستحالة ذلك من الناحية العملية ، خاصة وأن ذلك الاقتضاء يفترض انقطاع رئيس الجمهورية نفسه عن أداء عمله ، مما يعنى استحالة لجوئه للمادة ١٦ ، ومع

(١٢) راجع في شرح هذه النصوص مؤلفنا : لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية - ١٩٨٢ - من ص ١١٣ إلى ص ٢١٤ .
الدكتور وجدي ثابت غبريال : السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها - ص ٩٧ وما بعدها .

تضور تحقق انقطاع جميع السلطات عن أداء عملها المنتظم من الناحية النظرية على الأقل ، فإن الأمر في هذه الحالة يصل إلى حد الانهيار الدستوري الشامل ، بحيث يغدو الحديث عن تطبيق الدستور أو أحد نصوصه لغوا .

يؤكد ذلك أن المشرع الدستوري يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون الهدف الوحيد من الإجراءات المتخذة استنادا إليه هو تمكين السلطات الدستورية العامة من مباشرة مهامها وذلك في أقل وقت ممكن ، علاوة على أنه رتب على الالتجاء لهذا النص وتطبيقه ، وجوب انعقاد البرلمان بقوة القانون وعدم جواز حل الجمعية الوطنية ، تأكيدا على أن هذا النص إنما يهدف بصورة رئيسية ضمان سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، ومن ثم لا يجوز أن يخضع اجتماع البرلمان لارادة الرئيس في دعوته أو عدم دعوته للانعقاد ، وفي حل أو عدم حل الجمعية الوطنية ، وهي حقوق يقرها الدستور أصلا لرئيس الجمهورية .

أما عن المادة ٧٤ في الدستور المصري ، فإنه يشترط للالتجاء إليها أن يتحقق كذلك الخطر الجسيم الحال أما على الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو - وهذا ما يتصل بالمبدأ محل دراستنا - كان من شأنه اعاقا مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري ، فيكفى في الدستور المصري مجرد الاعاقة عن أداء الدور الدستوري ، وهو مفهوم يقل كثيرا من مدلول اشتراط الانقطاع عن السير المنتظم كما ورد في نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي . ومن غير شك أن المقصود باصطلاح مؤسسات الدولة هي السلطات العامة الدستورية بدليل أن المشرع أعقب هذا الاصطلاح بالنص على الدور " الدستوري " لهذه المؤسسات ، أي أنه اشترط أن يكون لهذه المؤسسات دورا دستوريا .

ومكذا فإننا نرى فى النصوص سالفه الذكر ، أنها تمثل بوضوح بالغ نواة لمبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، بحيث يحق للقضاء - مثلا - الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه خارج اطار تلك التطبيقات الدستورية ، ومن ثم فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بإستمرار نفاذ القوانين والقرارات والاجراءات التى اتخذها مجلس الشعب السابق بالرغم من بطلان تكوينه منذ لحظة انتخابه ، يعد تطبيقا للمبدأ المشار إليه ، وبالتالي يمكن القول بأنه فى مجال القانون الدستورى يوجد من المراكز الفعلية ما يمكن تسميته بالبرلمان الفعلى أو المشرع الفعلى ، بالإضافة إلى التطبيقات الأخرى للمراكز الفعلية فى نطاق القانون الدستورى .

المطلب الثالث

تطبيقات نظرية المراكز الفعلية فى القانون الدستورى

بينما سلفنا أن إعمال نظرية المراكز الفعلية لا يقتصر على العلاقات والروابط فى القانون الخاص ، وإنما تمتد كذلك إلى العلاقات والروابط فى القانون العام بفرعيه الرئيسيين القانون الإدارى والقانون الدستورى .

ففى اطار القانون الدستورى يمكن أن نصادف بعض المراكز الفعلية ، ومثالها حالة انتخاب رئيس الجمهورية ثم اعلان بطلان انتخابه بعد ذلك ، كما لو تبين أنه ليس مصرياً أو أن عمره يقل عن أربعين سنة ميلادية بالمخالفة لأحكام المادة ٧٥ من الدستور ، كذلك حالة اعتبار عضوية النائب فى البرلمان باطلّة نتيجة الطعن فى صحة عضويته وثبوت سلامة الطعن ومن ثم موافقة البرلمان على اعتبار العضوية باطلّة ، ففى مثل هذه الحالات يمكن اعتبار التصرفات القانونية الصادرة عن هذه المراكز نافذة رغم عدم

مشروعيتها ، استناداً إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام
وأطراد . (١٣)

ومن المراكز الفعلية المسلم بها في إطار السلطة التنفيذية
حالة الحكومة الواقعية أو الفعلية ، وهي تلك التي تتحقق نتيجة
توليها الحكم بالمخالفة لأحكام الدستور مثل حكومات الفراغ
الدستوري أو الحكومات الثورية التي تستهدف تحيية القائلين
بالحكم مع المحافظة على النظام الدستوري القائم ، وكذلك حالة
استمرار الحكومة المستقبلية في ممارسة العمل بالرغم من قبول
استقلالها وذلك إلى حين تشكيل الحكومة الجديدة . وهذه الحالات
تحتاج بغير شك إلى دراسة تفصيلية لا تسمح بها دراستنا في
هذا البحث . (١٤)

(١٣) جدير بالملاحظة أن نشير كذلك إلى تطبيقات دستورية للمبدأ ،
فلضمان سير السلطة التشريعية بانتظام وأطراد تنظم المادة ٩٢ من
الدستور عملية انتخاب المجلس الجديد قبل انتهاء مدة المجلس القديم ،
وتؤكد المادة ١٠١ على اجتماع المجلس بقوة الدستور إذا لم يدع للانعقاد
، وتلزم المادة ١٠٢ دعوة المجلس للانعقاد في حالة الضرورة ، كما تعالج
المادة ١٤٧ حالة غياب البرلمان في الوقت الذي يلزم فيه اتخاذ تدابير
لاحتتمل التأخير - كذلك بالنسبة للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس
الجمهورية ، فالمواد ٨٢ و ٨٤ و ٨٥ من الدستور تعالج حالات قيام مانع
مؤقت يحول دون مباشرته لاختصاصه ، وحالة خلو المنصب أو المعز ألدائم
عن العمل ، وحالة وقف الرئيس عن العمل لاتهام بالخيانة العظمى ، كما
تنظم المادة ٧٨ عملية تداول السلطة بين رئيس الجمهورية الجديد وسلفه -
أما عن السلطة القضائية فإن نص المادة ٧٢ يكفل تنفيذ أحكامها كما
تكفل المادتين ١٦٨ و ١٧٧ ضماناً عدم القابلية للعزل للقضاء ، وكذلك
المادة ١٦٦ التي تمنع أي سلطة من التدخل في القضايا أو في شئون
العدالة . فكل هذه النصوص تعد في تقديرنا تطبيقاتاً لمبدأ ضرورة سير
السلطات العامة بانتظام وأطراد .

(١٤) راجع في هذا الموضوع :

الدكتور عبد الفتاح ساير دابر : الحكومة الواقعية - مجلة القانون
والاقتصاد - ٢٩ - العدد الثالث ١٩٥٩ - ص ٧٧٩ : ٨٥٦ .

Ph. I. ANDRE-VINCENT, Les révolutions et le droit, 1974.

WOLF, La validité des actes d'un gouvernement de fait, R.D.P. 1952, p.

39.

DUVERGER, Contrib. a l'étude de la légitimité des gouvernements de
fait, R.D.P. 1945, P. 69.

أما في إطار السلطة التشريعية ، وبالإضافة إلى حالة النائب الفعلي ، وهي حالة فردية ، فإننا نرى أنه من الممكن كذلك تحقق حالة البرلمان الفعلي ، أي تلك التي تشمل جميع الأعضاء أو النواب دون استثناء ، فإذا ما تبين بطلان انتخاب جميع أعضاء مجلس الشعب - في مصر - كما تحقق فعلا لدى المحكمة الدستورية العليا في الدعوى محل دراستنا هذه ، كان لها استنادا إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام وإطراد أن تقضى بأن بطلان المجلس المذكور منذ انتخابه لا يؤدي إلى انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة على تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية (١٥) ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة و نافذة ، وذلك ما لم يقرر الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا ، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم (١٦) .

(١٥) تمثل هذه النتائج إحدى طلبات المدعى في الدعوى الدستورية ، ويبدو أنها كانت الهدف الرئيسي من الدعوى ، وتقوم هذه الطلبات على أن الدستور يجعل سيادة القانون هي أساس الحكم في الدولة وينص صراحة على خضوع الدولة للقانون ، ومن ثم لا يصح أن تكون كفالة الاستقرار القانوني المزعوم على أشلاء المشروعية ، لأن الاستقرار إنما يتحقق باحترام سيادة القانون لا بانتهاكها ، خاصة وأن بطلان التشكيل لم يكن خافيا أو مشكوكا فيه ، ولو أخذ اليوم باستمرار أعمال المجلس صحيحة بحجة الاستقرار ، فما الذي يحول بين من انتهك المشروعية بالأمس أن يعود إلى انتهاكها في الغد آملا في التفاوض عن المخالفة من أجل كفالة الاستقرار .

(١٦) تشير في هذا المجال إلى أن محكمة جنابات الجيزة كانت قد أصدرت في ١٩٩٠/٥/١٧ - قبل يومين من حكم المحكمة الدستورية العليا - حكمها في قضية " آل الريان " الشهيرة برفض الدفوع المقدمة من الدفاع بعدم دستورية بعض القوانين الصادرة عن مجلس الشعب الباطل تشكيله وفقا لحكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٧/٥/١٦ ، علاوة على أحكام القضاء الإداري بعدم صحة عضوية بعض أعضاء المجلس منذ إعلان انتخابهم. ورات المحكمة عدم جدية الدفع بعدم الدستورية تأسيسا على أن اللائحة

وعلى ذلك فإن تفسير هذا القضاء يكمن في اعتبار مجلس الشعب خلال الفترة منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم بطلاناً بمثابة البرلمان الفعلي ، نزولاً على الاعتبارات العملية التي تدفع إلى حتمية تلافي احتمال الانهيار الدستوري والمحافظة على الاستقرار ومن ثم تستوجب عدم الحكم بطلان القوانين والأجراءات والقرارات الصادرة عن هذا المجلس الباطل ، بإعتبارها صادرة عن أحد المراكز الفعلية الدستورية وهو البرلمان الفعلي .

ويتحقق قيام البرلمان الفعلي نتيجة تخلف الصفة الدستورية أو القانونية ، لعدم شرعية أو دستورية سند تولي السلطة التشريعية ، نتيجة بطلان قوانين الانتخاب التي تم انتخاب المجلس وفقاً لأحكامها ، كما حدث في الدعوى محل الدراسة ، أو نتيجة قيام المجلس استناداً إلى حل المجلس السابق عليه ، ثم يتبين بعد ذلك بطلان قرار حل المجلس القديم لعدم اتفاقه مع الدستور ، لانتفاء الضرورة التي اشترطتها المادة ١٣٦ من الدستور مثلاً ، أو بطلان الاستفتاء على قرار الحل سواء من حيث إجراءاته أو نتائجه ، أو مخالفة الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٧ من الدستور والتي تؤدي إلى اعتبار المجلس منحلًا وفقاً لنتيجة الاستفتاء على موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الذي ترتب عليه تقرير مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، كما لو بادر رئيس الجمهورية إلى إجراء الاستفتاء دون إعادة الموضوع إلى المجلس من

الداخلية للمجلس لا تخلف على قرارات إبطال العضوية لعدم صحتها أي أثر رجعي ، وأن الفقه والقضاء قد استقرا على الأخذ بنظرية الحالة الظاهرة ، حيث يمكن القول بأنه لو صحت أحكام محكمة القضاء الإداري فإن الصحة الظاهرة بعضوية مجلس الشعب قبل صدور تلك الأحكام كافية للقول بصحة أعمال المجلس والتشريعات التي صدرت عنه في تلك الفترة ، وهكذا يبرأ القانون المعلوم في دستوريته من هذا العيب لصدوره قبل حكم جهة القضاء - راجع في تفاصيل ذلك : الدكتور عزيزة الشريف : القضاء الدستوري المصري - ١٩٩٠ - ص ٧١ وما بعدها .

جديد ، أو بالرغم من عدم اقرار المجلس فى المرة الثانية لمسئولية رئيس الوزراء ، وغير ذلك من الاجراءات التى يؤدى عدم التزامها إلى بطلان حل المجلس القديم ومن ثم بطلان انتخاب المجلس الجديد .

كذلك الأمر فى حالة استمرار المجلس فى تولي السلطة بعد انتهاء مدته وفقا للمادة ٩٢ من الدستور ، نتيجة عدم اجراء الانتخابات الجديدة لأى سبب من الأسباب ، وامتناع رئيس الجمهورية عن اقتراح مد مدة المجلس إلى حين انتخاب المجلس الجديد وفقا للمادة الرابعة من قانون مجلس الشعب وبالتالي عدم صدور قانون بذلك ، فليس من المستساغ فى مثل هذه الظروف القول بعدم جواز استمرار المجلس فى تولي السلطة التشريعية ، على أن يتولاها - مثلا - رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ١٤٧ من الدستور التى تعالج حالة غياب البرلمان ، حيث لا مجال لتطبيق هذه المادة على مثل تلك الحالة ، إذ كان يتعين على رئيس الجمهورية ، دون أدنى سلطة تقديرية ، إعمال نص المادة الرابعة من قانون مجلس الشعب واقتراح مد مدة المجلس حتى يتسنى اصدار قانون بذلك خلال ولاية المجلس أى قبل انتهاء المدة ، وعليه فإن عدم اتباع هذه الاجراءات يؤدى فى تقديرنا إلى استمرار المجلس القديم فى تولي السلطة التشريعية ، ومعاملته بإعتباره برلمانا فعليا ، تلافيا للفراغ الدستورى وتركيز السلطة بالمخالفة لروح الدستور وأحكامه ، وذلك استنادا إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد .

من ناحية أخرى يتعين للاعتراف بالبرلمان الفعلى وترتيب آثاره أن تتحقق فعلا الاعتبارات العملية الدافعة لتقرير استمرار نفاذ أعماله ، وهى اعتبارات الثقة المشروعة التى تفرضها حتمية التعامل مع السلطة التشريعية القائمة بإفتراض صحة قيامها وانتخابها إلى أن يقضى بخلاف ذلك ، علاوة على ضرورة توفير الاستقرار القانونى للتشريعات والقرارات والاجراءات الصادرة عن هذه

السلطة تجنباً لأي انهيار دستوري أو فراغ تشريعي ، خاصة إذا
ترتب على هذه الأعمال قيام مراكز قانونية للأفراد .

ولا يشترط بعد ذلك النظر إلى مدى الأضرار التي لحقت بالأفراد
، وهل هم جديرون بالحماية أم لا ، فهذه النظرية في إطار القانون
الدستوري ليست مقررّة لحماية الغير حسنى النية بحيث لا يجوز
الاستناد إليها إذا كان من شأنها الأضرار بهم ، فلا يجوز الموازنة
بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد ، وتسرى أعمال البرلمان الفعلى
بغض النظر عن حسن نية المخاطبين بأحكامها أو سوء نيتهم ، حيث
لا يجوز تطبيق القوانين على الأشخاص حسنى النية وعدم تطبيقها
على سبب النية أو العكس بحسب مصالحهم ، لما فى ذلك من اخلال
جسيم بمبدأ المساواة أمام القانون .

وعليه يجوز للسلطات العامة التمسك بأعمال البرلمان الفعلى ،
وليس لهم إلا ذلك ، دون أى اشتراط للخطأ أو عدم الخطأ من جانبه ،
أو للوقوع فى الغلط أو الخداع بالمظاهر الخارجية أو عدم وقوعه من
جانب الأفراد والمتعاملين معه أو تحقق ظروف استثنائية معينة ، أو
توافر طابع الضرورة الملحة لتصرفات وأعمال هذا البرلمان ، أو غير
ذلك من الشروط التى قد يستلزمها الأخذ بنظرية المراكز الفعلية فى
القوانين الأخرى ، إذ أن محل الاهتمام الأول والأخير هو تحقيق
المصلحة العامة بضمان سير السلطات العامة بانتظام وإطراد .

من ناحية أخرى لا يترتب على نظرية البرلمان الفعلى تصحيح
أعماله من كافة العيوب ، إذ لا تبرأ هذه الأعمال إلا من ناحية
اختصاص هذا البرلمان بإصدار هذه الأعمال كما لو كان سلطة
تشريعية صحيحة متفقة مع الدستور من حيث صحة توليها
اختصاصاتها الدستورية ، ومن ثم لا تتطهر هذه الأعمال من أية عيوب
أخرى سواء من حيث الشكل أو الإجراءات ، أو الاختصاص من حيث

الموضوع أو الزمان أو المكان ، أو عدم دستورية هذه الأعمال بالمطابقة الموضوعية لأحكام الدستور ، أو الانحراف بالسلطة ، فيحق للأفراد الطعن في دستورية هذه الأعمال ، ويظل للقضاء الحق في بسط رقابته عليها توصلا للحكم بعدم دستوريتهما من قبل المحكمة الدستورية العليا ، كما يجوز بطبيعة الحال للمجلس الجديد الذي يحل محل هذا البرلمان الفعلي مراجعة أعماله وإنهاء ما يرى ضرورة إلغائه أو تعديلها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور .

كذلك لا يكون لأعضاء هذا البرلمان الفعلي التمسك بامتيازاتهم أو حصانتهم المقررة دستوريا إلا في حدود النظريات القانونية التي تعالج ذلك مثل نظرية الأثر بلا سبب وقواعد المسؤولية المدنية والجنائية ، وبما لا يمس مقتضيات مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، وأيضا بما لا يزيد على هذه المقتضيات .

يبقى بعد ذلك أن نعود إلى حكم المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٩٠ محل هذه الدراسة لتتبين مدى اتفاقه مع القواعد العامة المشار إليها بشأن البرلمان الفعلي ، بالنسبة لمجلس الشعب الذي قضى الحكم بطلان تكوينه منذ يوم انتخابه ، وكان ذلك يوم ١٩٨٧/٤/٦ ومن ثم الوضع الدستوري لهذا المجلس في تقدير المحكمة .

الوضع الدستوري لمجلس الشعب في الفترة من ١٩٨٧/٤/٢٢ إلى ٣ يونيو ١٩٩٠ :

طبقا للمادة ٩٢ من الدستور فإن " مدة مجلس الشعب خمس سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له . " ، وكان أول اجتماع لمجلس الشعب المقضى بطلان تكوينه في ١٩٨٧/٤/٢٢ ، ومع نشر حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٠/٦/٢ ، مما يفترض معه زوال المجلس من الوجود الدستوري اعتبارا من اليوم التالي لنشر

الحكم ، يشور التساؤل حول الوضع الدستوري للمجلس خلال هذه الفترة ، أى منذ اجتماعه الأول إلى اليوم التالى لنشر الحكم ببطلان تكوينه .

ومن الملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا اضطرت إلى مواجهة هذه المشكلة نتيجة ما أثاره المدعى ، حسبما ورد فى حيثيات الحكم ، " من أن بطلان تكوين مجلس الشعب لقيامه على انتخابات مخالفة للدستور يترتب عليه عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين وقرارات مما يهدد البلاد بإنهيار دستوري كامل " ، ولما كانت المحكمة قد رأت أن " القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، يترتب عليه انعدام هذا النص ... وانعدام أثره " ، فقد شرعت المحكمة أن عليها " بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسا لأحكامه ونصها قوامة على صونه وحمايته ، وباعتبارها الجهة التى ناط بها القانونون دون غيرها سلطة الفصل القضائى فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها ، أن تقول كلمتها فى هذا الموضوع تجلية لوجه الحق فيه " .

وهنا يتعين ملاحظة أن " كلمة المحكمة فى هذا الموضوع " لايعنى أنها تبدى رأيا فيه تجلية لوجه الحق كما أشارت فحسب ، وإنما كانت المحكمة بمقتضى وظيفتها واختصاصها بالفصل فى منازعات تنفيذ أحكامها ، " تحكم " أو " تفصل بحكم قضائى " فى هذا الموضوع ، وهو حكم قضائى يشتمل على كافة خصائص الأحكام القضائية وليس مجرد أحد أسباب الحكم أو حيثياته .

وهكذا وبعد أن عرضت المحكمة لطبيعة آثار الأحكام القضائية الصادرة عنها ، انتهت إلى " الحكم " ببطلان تكوين المجلس لقيامه

على انتخابات "أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى انتهت إليه المحكمة ... إلا أن هذا البطان لا يؤدي البتة إلى ما ذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستورى ، ولا يستتبع اسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من اجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ... " .

ومن الجدير بالتنبيه فى هذا الصدد ، أن الحكم محل دراستنا هذه لم يكن الحكم الأول للمحكمة الدستورية العليا الذى تقضى فيه بعدم دستورية النص التشريعى الذى أجريت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب ، إذ سبق لها أن أصدرت فى ١٦/٥/١٩٨٧ حكما بعدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة فقرة (١) والسابعة عشرة فقرة (١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ، غير أن المحكمة لم تتعرض فى هذا الحكم لمشكلة ما يترتب عليه من آثار بصدد مجلس الشعب أو أعماله ، نتيجة تدخل رئيس الجمهورية واستعمال سلطته المقررة بنص المادة ١٣٦ من الدستور ، وحل مجلس الشعب المشكوك فى دستورية تكوينه ، ومن ثم قيام مجلس جديد وفقا لنصوص تشريعية مستحدثة تضمنها القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٦ فى شأن مجلس الشعب ، والذى تم استبدال نصوص جديدة فيه بتلك المطعون فى دستورتها أمام المحكمة ، وذلك كله قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، حيث لم تر المحكمة فى هذا التدخل مانعا من الاستمرار فى نظره دستورية النصوص المطعون فيها بعدم الدستورية والحكم بذلك فعلا .

وقد رأى بعض الفقهاء فى ذلك الوقت أنه بمقتضى هذا الحكم فإن المجلس المنحل لم يستقم تكوينه مع أحكام الدستور " ويشور معه التساؤل حول دستورية القوانين التى أصدرها هذا المجلس فى

الفترة منذ تكوينه ولحين حله . وواقع الأمر أن ... اعداد هذه القوانين هو أمر مستحيل على صعيد الواقع والقانون ، لأن من شأن ذلك التصور أن يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية والعلاقات المتشابكة التي ترتبت على العمل بهذه القوانين ، ومن ثم فإنه يكون من الأصوب عدم التعويل على القواعد النظرية المجردة ، وتقديم اعتبارات المصلحة العامة والمتمثلة في دواعي المحافظة على الوضع الظاهر ، واستقرار المراكز والمعاملات القانونية على غيرها من الاعتبارات ، ومقتضى ذلك التسليم بدستورية هذه القوانين " (١٧) .

ومع اختلاف الظروف عام ١٩٩٠ عن نظيرتها عام ١٩٨٧ ، رأت المحكمة - حسبما نراه - أن عدم تصديها للفصل في هذه المسألة قد يؤدي إلى اتجاه المحاكم الأخرى إلى الأخذ بقاعدة أن ما بنى على باطل فهو باطل ، ومن ثم يغدو مجلس الشعب باطل من حيث تكوينه وقوانينه وقراراته باطلة ، وبما أن انتخاب رئيس الجمهورية قد تم بناء على ترشيح هذا المجلس الباطل ، فإن ترشيحه وانتخابه كذلك يكون باطل وبالتالي تكون قراراته باطلة ومنها قرارات تشكيل الوزارة والحكومة فتكون بدورها باطلة وقراراتها باطلة ، وهذا معناه ببساطة شديدة انهيار تام للدولة من الناحية القانونية ، فلا يكون هناك من مفر أمام أية سلطة قائمة من الناحية الواقعية سوى إلغاء الدستور أو على الأقل تعطيله وحل المجالس والهيئات والسلطات القائمة واعداد احكام القضاء بمختلف أنواعه ووقف الحقوق والحريات العامة ، والدخول في أجواء الديكتاتورية البغيضة بحجة الضرورة ومنع انهيار الدولة . ومن هنا كشفت المحكمة الدستورية عن مدى استشعارها بفداحة المسؤولية ، وضرورة مراعاة المصلحة العامة ، وحتمية مواجهة الانهيار الدستوري المحتمل والاضطراب في المراكز القانونية الذي يترتب على بطلان تلك التشريعات والقرارات ، ومنع تردى استقرار الأوضاع (١٧) الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٢٩٦ .

القانونية فى البلاد ، ومواجهة القصور التشريعى إزاء عدم توقع المشرع الدستورى احتمال اتساع دائرة البطلان لتمتد إلى السلطة التشريعية ذاتها سواء فى مولدها أو فى صحة تشكيلها بالكامل أو لأعمالها جملة واحدة ، فكان حكمها بنفاذ قوانين وقرارات وإجراءات مجلس الشعب رغم بطلان تشكيله منذ انتخابه .

وقد يرى البعض ، وهو ما تحقق فعلا على صفحات الصحف ، أن كل ما يترتب على الحكم بعدم دستورية النصوص التى تم انتخاب مجلس الشعب وفقا لها ، هو الامتناع عن تطبيق مواد القانون التى قضى بعدم دستورتها فى أى انتخابات مقبلة حتى ولو كانت انتخابات تكميلية ، بحيث لا ينصرف أثر الحكم إلى الأعضاء الحاليين على أساس أن الانتخابات التى تم على أساسها تشكيل مجلس الشعب هى انتخابات صحيحة تمت وفقا لقانون قائم أصدرته السلطة التشريعية ، ومن ثم يبقى المجلس قائما على صحته ، كما تظل أعماله صحيحة .

بيد أن هذا الاتجاه يعيبه أولا أنه لا يتفق مع آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على نحو ما سنبينه فى الفصل القادم ، كما يعيبه ثانيا أنه يؤدي إلى نتيجة غريبة لا تتفق مع الأصول الدستورية ، إذ سيكون مجلس الشعب وفقا لهذا الاتجاه مشكلا على أساس نظامين قانونيين مختلفين ، أحدهما هو الذى حكم بعدم دستوريته ، والثانى هو الذى يجرى على أساسه انتخاب الأعضاء الجدد فى الدوائر التى ستخلو بعد الحكم بعدم الدستورية ، وهو أمر لا يتفق كما هو واضح مع أى اعتبارات سياسية أو قانونية .

فالصحيح أن عضوية مجلس الشعب لا تستند ولا تقوم ولا تستمر إلا على أساس قانون الانتخاب ، فإن زال هذا الأساس بالحكم بعدم

دستوريته زالت عضوية مجلس الشعب من كافة أعضائه ، وسقط بالتالى حقهم فى تولي السلطة التشريعية ، ومن ثم يتحقق الفراغ الدستورى ، إزاء زوال صفة ذلك المجلس الذى تولى تلك السلطة ، فلا يكون من سبيل سوى التعامل معه بوصفه سلطة فعلية وليست دستورية ، وبالتالي تتحقق آثار المراكز الفعلية على أعمال هذه السلطة باعتبارها برلمانا فعليا .

وهكذا يكمن الأساس فى قضاء المحكمة الدستورية العليا بأن " تظل تلك القوانين والقرارات والاجراءات قائمة على أصلها من الصحة " ولا يعنى ذلك أبدا تصحيح هذه القوانين إذ معنى كلمة أصلها من الصحة أن تظل على أصلها أما صحيحة أو مشوية بعيب عدم الدستورية ، وهو ما أكدته المحكمة بعد ذلك بقولها " ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة ، وذلك ما لم يتقرر الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم " - يكمن أساس ذلك فى فكرة البرلمان الفعلى بوصفه أحد المراكز الفعلية فى اطار القانون الدستورى والتي تستند فى ترتيب آثارها إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، وهو من المبادئ القانونية العامة التى تكشف المحاكم القضائية عن وجودها وتلتزم بتطبيقها فى أحكامها .

الفصل الثانى آثار الأحكام فى المسائل الدستورية

يختلف مدلول القضاء الدستورى بالمعنى العضوى عنه بالمعنى الموضوعى ، فهو بالمعنى الأول ينصرف إلى الجهة المختصة بحسب الأصل بالرقابة على الدستورية ، أى المحكمة الدستورية العليا فى مصر حالياً ، ولكنه بالمعنى الثانى وهو أوسع نطاقاً ، يفيد الأحكام الصادرة بصدد المسائل الدستورية بغض النظر عن الجهة التى صدرت عنها هذه الأحكام ، ولذلك قد يوجد فى بلد ما قضاء دستورى من الناحية الموضوعية دون الناحية العضوية ، مثلما كان عليه الحال فى مصر قبل عام ١٩٦٩ وإنشاء المحكمة العليا فيها ، ولكن العكس غير صحيح ، فليس من المتصور أن يوجد قضاء دستورى من الناحية العضوية دون الموضوعية .

وبداهة لم يبدأ القضاء الدستورى من الناحية الموضوعية فى مصر إلا مع صدور دستور ١٩٢٣ ، باعتباره القانون الأسمى فى البلاد والملزم لكافة السلطات العامة فيها ، غير أنه من الملاحظ أن هذا الدستور ، وكافة الدساتير اللاحقة عدا دستور ١٩٧١ الحالى ، لم تتضمن أية أحكام تخص الرقابة القضائية على الدستورية ، سواء من حيث تقريرها أو من حيث تنظيمها ، مما أدى إلى نشوب الخلاف فقهاً وقضاء حول وجود هذه الرقابة أو عدم الاعتراف بها . ولم يستقر الأمر إلا بعد صدور حكم محكمة القضاء الإدارى الشهير فى ١٩٤٨/٢/١٠ الذى أقر بوجود الرقابة على دستورية القوانين ومشايعة القضاء العادى لهذا القضاء وتأييد الفقه بصفة عامة له على نحو ما بينه سلفاً .

وفى ذلك الوقت لم ير المشرع ما يستلزم تدخله لتقنين أو تنظيم هذه الرقابة ، تسليمًا منه بقيامها على الأسس والمبادئ التى

قررها القضاء ، بإعتبارها تدخل بصورة طبيعية ضمن وظيفة القاضي فى تطبيق القواعد القانونية المختلفة ، وإزالة التعارض الذى قد يتحقق بينها ، وفقا لمبدأ سمو الدستور . غير أنه فى عام ١٩٦٩ رأى أن الوقت قد حان لاعادة تنظيم هذه الرقابة - وليس اقرارها أو تقنينها فحسب - والأخذ بأسلوب الرقابة المركزية ، حتى لا يترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة ، حسب ما جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون انشاء المحكمة العليا ، للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى ، وحتى لا تتباين وجهه الرأى فيها . (١)

وقد قدر المشرع الدستورى بعد ذلك ضرورة اضافة الضمانات الدستورية لهذا القضاء ، فنص صراحة فى المادة ١٧٥ من الدستور الحالى على قيام المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها ، وتختص وحدها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . ونزولا على ذلك أصدر المشرع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى ١٩٧٩/٨/٢٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا ، حيث عهد إليها دون غيرها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، تأكيدا للاتجاه نحو مركزية الرقابة القضائية على الدستورية .

بيد أنه بملاحظة أن تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا ، يتم أساسا عن طريق الدفع الفرعى أثناء نظر احدى الدعاوى الأصلية أمام محكمة الموضوع المختصة ،

(١) المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/٨/٣١ بإنشاء المحكمة العليا - وراجع فى ذلك من الناحية التاريخية حكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/٧/٣ الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق - المجموعة الجزء الأول - ص ١٥ ، حيث أشارت فيه إلى أن المشرع قد حسم بذلك الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشيعى بينها موضوع دستورية القوانين ، وكفل وحدة النظام القانونى واستقراره ، وسد ثغرة عميقة فى نظامنا القضائى والقانونى .

وبحيث يكون لهذه المحكمة سلطة فحص مدى جدية هذا الدفع ، قرر الفقه أن قصر الاختصاص برقابة دستورية القوانين على المحكمة العليا لا يعنى أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت كل سلطة لها فى هذا المجال ، مما يخل بمبدأ مركزية الرقابة الذى هدف قانون المحكمة العليا إلى الأخذ به (٢) . وقد أكد المشرع فى قانون المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بتقرير سلطة الاحالة إليها لكافة المحاكم دون دفع .

وعلى هذا الأساس يتعين علينا أن نشير أولاً إلى أحكام القضاء غير الدستورى من الناحية العضوية ، فى المسائل الدستورية ، قبل دراسة آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسائل .

(٢) الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : المرجع السابق - ١٩٨٣ - ص ٥١٤ .

المبحث الأول أحكام القضاء غير المحكمة الدستورية العليا فى المسائل الدستورية

أشرنا فيما سبق إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين كانت تتم فى مصر قبل إنشاء المحكمة العليا فيها ، عن طريق الدفع الفرعى خلال نظر احدى الدعاوى أمام أية محكمة ، بعدم دستورية النصوص المراد تطبيقها على المنازعة المطروحة عليها ، بحيث يكون لهذه المحكمة إذا تبين لها عدم دستورتها ، الامتناع عن تطبيقها فى هذه الدعوى .

وبعد إنشاء المحكمة العليا عام ١٩٦٩ رأى المشرع أن يتم تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمامها من خلال نفس الأسلوب ، أى عن طريق الدفع الفرعى ، ولكن على أن توقف المحكمة التى يشار أمامها هذا الدفع ، بعد التأكد من جديته ، نظر الدعوى مع تكليف الخصوم برفع الأمر إلى المحكمة العليا خلال موعده المحدد ، بدلا من الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستورى .

ثم أضاف المشرع بعد ذلك فى قانون المحكمة الدستورية العليا الحالى عام ١٩٧٩ ، طريقا ثانيا للمحاكم المختلفة ، متمثلا فى سلطتها فى الاحالة مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا ، إذا تراءى لها أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع المطروح عليها .

وبالإضافة إلى هذه الاختصاصات التى خولها المشرع للمحاكم المختلفة ، فى صدد بحث دستورية القوانين واللوائح ، تشير بعض الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية على وجه الخصوص التساؤل حول مدى سلطة المحاكم فى التصدى لفحص دستورية

النصوص التشريعية الصادرة والنافذة فى تاريخ سابق لصدور ونفاذ الدستور الحالى ، وذلك بمطابقة هذه النصوص مع أحكام ذلك الدستور ، ومن ثم الامتناع عن تطبيقها إذا كان بينها تعارض ، تأسيسا على أن من شأن نفاذ الدستور " نسخ " ما يتعارض معه من نصوص تشريعية .

وأخيرا نتساءل : هل رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح تشمل الجوانب الشكلية والإجرائية فى إصدارها ، بحيث لايجوز للمحاكم المختلفة التصدى للفصل فى مسألة التحقق من " وجود " التشريع ، أم أنها تختص بذلك دون حاجة إلى تحويل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا .

المطلب الأول

سلطة فحص جدية الدفع بعدم الدستورية

تنص الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الحالى ، على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ... إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى ، أجلت الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإن لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " .

ويعد هذا الطريق أكثر سبل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين تطبيقا فى العمل ، وفيه يقوم أحد الخصوم فى الدعوى ، مدعيا كان أو مدعى عليه ، بدفع الدعوى بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية أو اللائحية المطروح تطبيقه فى المنازعة ،

فتنرى المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى التى تنظر فى موضوع هذه الدعوى ، أن الدفع جدى ، وأنه لا يتيسر الحكم فى الدعوى موضوعا إلا إذا قضى أولا فى مسألة دستورية أو عدم دستورية هذا النص ، ومن ثم تعد مسألة مبدئية يتعين الفصل فيها من قبل المحكمة المختصة بذلك ، فتؤجل نظر الدعوى وتكلف من أثار الدفع أن يرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ صدور الحكم . وطبقا للمادة ٣٠ من قانون هذه المحكمة ، يتعين أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة أمامها " بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة " .

وأبرز ما يعنينا فى هذا الطريق أن نحدد مدى ولاية المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائى فى الفصل فى الدفع بعدم الدستورية أمامها ، حيث أن مؤدى النصوص سالفة الذكر أن مجرد الدفع لا يترتب عليه حتما رفع الدعوى الدستورية ، إذ يتعين على محكمة الموضوع أن تباشر أولا اختصاصها بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، فإذا ما تبين لها خلاف ذلك فإن عليها أن ترفض الدفع وتفصل فى الموضوع . وعليه يتعين علينا أن نحدد تفصيلا مدلول "جدية الدفع" بعدم الدستورية ، وفى هذا الصدد يمكن ملاحظة اتجاهين ، أولهما يضيق من هذا المدلول فى حين أن الثانى يوسع منه .

المدلول الضيق لسلطة فحص جدية الدفع : يذهب اتجاه فقهى إلى أن لقاضى الموضوع تقرير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، ولكن دون أن يدلف إلى نطاق بحث المسألة الدستورية إلى حد النظر أو الفصل فيها ، وهو أمر جد عسير لاتصال بل وتداخل الحدود فيما بين تقدير كل من الجدية والدستورية من عدمهما ، كذلك ليس لقاضى الموضوع استخدام صلاحيته - التى منحها اياه قانون

المحكمة الدستورية العليا - للاحالة المسألة الدستورية أمام هذه المحكمة إذا كان ذلك بناء على طلب الخصوم الذين قاموا بالدفع أمامه بعدم الدستورية ، فالاحالة التلقائية إنما تكون بناء على ما ارتآه قاضى الموضوع نفسه ودون أن ينبيه الخصوم إلى ذلك ، وأما عندما ينبهونه لعدم الدستورية فإنه ليس أمامه سوى أن يمنحهم مهلة زمنية للجوء بأنفسهم إلى المحكمة الدستورية العليا (٣) .

ومفاد هذا الاتجاه التفرقة بين حالتى الدفع بعدم الدستورية من جانب أحد الخصوم فى الدعوى ، والاحالة المباشرة من محكمة الموضوع إزاء ما تراه من عدم دستورية النص المراد تطبيقه فى المنازعة ، بحيث لا يكون للقاضى فى الحالة الأولى التعرض للمسألة الدستورية فيقتصر عمله على التثبت من أن هذه المسألة منتجة فى الدعوى ، أى أن من شأن الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص التأثير على حكم المحكمة فى موضوع الدعوى ، ومن ثم ليس للقاضى أن يفحص جدية الدفع من حيث دستورية القانون أو عدم دستوريته ولو بحسب الظاهر ، وإنما المعيار هو مدى تأثر الحكم فى الموضوع بدستورية أو عدم دستورية النص المراد تطبيقه فى الدعوى ، فإذا كان من شأنه التأثير تحتم على القاضى تأجيل نظر الدعوى واتاحة الفرصة لمن أثار الدفع للاتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا ، فى حين أنه فى الحالة الثانية ، يحق للقاضى إذا تراءى له عدم دستورية النص ، وهو ما يعنى أن للقاضى أن يتأكد من أن هناك وجه معقول لعدم الدستورية ، إحالة الأمر مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا .

(٣) الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : رقابة الدستورية سالف الإشارة - ص ٢٨٦ .
الدكتور جمال المطيفى : ملاحظات حول المحكمة العليا - مجلة المحاماة السنة ٥٠ عدد ١ - يناير ١٩٧٠ - ص ١٩ .
الدكتور على السيد الباز : المرجع السابق - ص ٥٥٦ .

وقد يكون من شأن هذا الاتجاه تلافى النقد الموجه إلى سلطة القاضى بشأن فحص جدية الدفع ، بأن من شأن هذه السلطة تصنيق طريق الرقابة على دستورية القوانين ، ومجافاة المبادئ المستقرة فى نظام هذه الرقابة لما فيها من اخلال بمبدأ مركزية الرقابة (٤) . إذ ان تحويل المحاكم والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، وهو ما يستتبع الحق فى رفض الدفع والمضى فى نظر موضوع الدعوى دون التفات لمسألة الدستورية بدعوى عدم الجدية ، يعنى فى الواقع العملى سلطة البحث فى مدى مطابقة النص محل الدفع لنصوص الدستور ، وفى هذا بحث للدستورية ينتقص دون شك من قاعدة انفراد المحكمة الدستورية العليا بالاختصاص بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح . إلا أنه يعيب هذا الاتجاه أن الأخذ به قد يؤدي إلى تزايد حجم الدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا واستغلال هذا الطريق فى سبيل عاقبة وتعطيل الفصل فى الدعاوى الموضوعية برفض التسوية وإضاعة الوقت ، فما على الخصم الذى يرغب فى تعطيل نظر دعواه ، إلا أن يدعى أن القانون المراد تطبيقه عليه مخالف للدستور فتضطر المحكمة إلى تأجيل نظر الدعوى حتى تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الدفع بعدم الدستورية ، حتى ولو كان هذا الدفع ظاهر الفساد والكيد .

المدلول الواسع لسلطة فحص جدية الدفع : يتجه الرأى الغالب فقها إلى أن المقصود بجدية الدفع أن ينصرف بحث قاضى الموضوع إلى التحقق من أمرين : الأول أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية منتجا فى الفصل فى الدعوى الموضوعية ، فيجب أن يتصل الدفع بعدم الدستورية بموضوع النزاع ، بمعنى أن تكون المسألة الدستورية متعلقة بنص فى قانون أو لائحة يمكن تطبيقه على الدعوى الأصلية فى أى وجه من الوجوه ، وأن يترتب على الحكم (٤) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : المرجع السابق ص ١٠٧ و ١٠٨ .

بعدم الدستورية افادة صاحب الشأن فى الدعوى المنظورة . أما الامر الثانى فيتمثل فى كون مسألة مطابقة القانون أو اللائحة للدستور يحتمل اختلافاً فى وجهات النظر ، فيتعين أن تكون هناك شبهة خروج على أحكام الدستور تعلق بالقانون أو اللائحة ، أى أن تقوم شبهة عدم الدستورية على أساس ظاهر ، وبالتالي يلزم توافر الشك حول مسألة الدستورية ، دون أن يعنى ذلك أن قاضى الموضوع يتحقق من عدم الدستورية ، وإنما يعنى فقط أن هذا الشك يفسر فى جانب عدم الدستورية . (٥)

وبالرغم مما نراه عيباً فى هذا الاتجاه من أنه يؤدى إلى تقليل الضمانات المقررة للأفراد ، فى حالة رفض محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية بدعوى عدم جديته مما يعدم معه طريق الأفراد فى تحريك الرقابة القضائية على الدستورية أمام المحكمة المتخصصة فى هذه المسألة ، إلا أنه يطفى على هذا العيب ما يحققه هذا الاتجاه من مزايا عملية ملموسة من جراء استبعاد الدفوع التى تهدف إلى التسويف وإضاعة الوقت وإهدار العدالة .

من ناحية أخرى تنبئ ملاحظة أحكام جهات القضاء المختلفة بوضوح بالغ عن اعتناقها للمدلول الواسع فى تحديد سلطة القاضى فى تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، ونضرب مثلاً لذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٨٧/٣/٣١ ، حيث ذهبت المحكمة فى خصوص تقدير مدى جدية الدفع المبدى من المدعى بعدم دستورية القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه من تحديد عدد

(٥) الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري سالف الإشارة - ص ٥٨٠ .

المستشار محمد السيد زهران : الرقابة على دستورية القوانين فى إيطاليا - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٤ عدد ١ - يناير / مارس ١٩٧٠ - ص ١٣٤ .

الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية سالف الإشارة - ١٩٨٨ - ص ٣٩٥ .

الدوائر الانتخابية على مستوى الجمهورية بشمان وأربعين دائرة
انتخابية بأنه " ولئن كانت المادة ٨٧ من الدستور قد أناطت
بالقانون تحديد الدوائر الانتخابية على مستوى الدولة ، وعدد أعضاء
مجلس الشعب المنتخبين ، ولم يضع حكم هذه المادة من الدستور
قيدا على المشرع فى تحديد تلك الدوائر ، واستنادا لهذا مارس
المشرع سلطته التقديرية فى تحديد عدد الدوائر الانتخابية ، إلا
أن ذلك لا يعنى فى حد ذاته أن يكون هذا التشريع موافقا لأحكام
الدستور ، بل يجب ليكون كذلك ألا ينطوى على اخلال بالمبادئ
الأساسية التى يقوم عليها الدستور أو على اهدار للحقوق والحريات
التى كفلها الدستور للمواطن .

ولا مراء فى أن القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه ...
ينطوى بالتالى على مخالفة لمبادئ الدستور العليا التى تهيم
على نصوصه وتكفله للمواطنين جميعا دون تفرقة بينهم ... فمن ثم
يكون القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ قد صدر بحسب الظاهر من الأوراق
باطلا غير مشروع فى موضوعه لما انطوى عليه من مخالفة لأحكام
الدستور وانحراف فى استعمال السلطة التشريعية بما ييصمه بعدم
الدستورية " (٦) .

وبعض النظر عن محاولة المحكمة اثبات أن حكمها فى الدفع
بعدم الدستورية يتأسس على الظاهر من الأوراق ، فإنه من الجلى
تماما أن المحكمة قد فحصت بتعمق كاف مسألة الدستورية فى
مختلف جوانبها ، للتحقق من اتفاق أو عدم اتفاق القانون محل الدفع
مع أحكام الدستور ومبادئه العليا التى تهيم على نصوصه ، لتصل
فى النهاية إلى عقيدة أن هذا القانون قد انطوى على مخالفة لأحكام

(٦) حكمها فى القضية ٢٥١٦ لسنة ٤١ ق - لم ينشر بعد - راجع كذلك
حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٤/٣/٢٣ قضية ٣٩ لسنة ١٩ ق ،
المجموعة السنة ١٩ ص ٢٢٥ .

الدستور وانحراف في استعمال السلطة التشريعية " بما يصبه بعدم الدستورية " .

ولذلك فإننا - تأييدا للمدلول الواسع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية - نرى أن لمحكمة الموضوع أن تفحص مسألة الدستور بالتمعق اللازم في تقديرها لتكوين عقيدتها في شأن جدية هذا الدفع ، بل وصحته حيث لانرى فروقا جوهرية واضحة أو دقيقة بين " صحة " الدفع بعدم الدستورية و " جديته " .

المطلب الثاني سلطة الاحالة المباشرة لمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا

استحدث المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا الحالي الصادر عام ١٩٧٩ طريقا جديدا لتحريك الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أمام هذه المحكمة ، خلاف طريق الدفع الفرعى الذى كان مقروا من قبل لتحريك الرقابة أمام المحكمة العليا منذ عام ١٩٦٩ ، حيث نص في المادة ٢٩ من هذا القانون على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى : (أ) إذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ... " .

وتعليلا لذلك تقول المذكرة الايضاحية للقانون أنه " توسعة لنطاق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، نص القانون على ثلاثة طرق لتحقيق هذه الغاية ، أولها التجاء جهة القضاء من تلقاء

نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية نص لازم للفصل في دعوى منظورة أمام هذه الجهة ، وذلك تثبيتها لالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة ... " .

ومتضمنى هذا النص كما هو واضح أن لكافة المحاكم والجهات ذات الاختصاص القضائي أن تشير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها ، وفي أية حالة تكون عليها الدعوى ، وذلك إذا رأت أن نصا تشريعيا لازم للفصل في المنازعة المطروحة عليها قد يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية ، فهنا يتعين على المحكمة - في تقديرنا - فحص مسألة الدستورية باقصى درجات التعمق للتوصل إلى دستورية النص أو عدم دستوريته ، فإذا تبين لها دستوريته مضت في طريقها بفحص موضوع الدعوى وتطبيق النص عليها ، أما إذا تبين لها عدم دستوريته ، فهنا توقف المحكمة - أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي - نظر الدعوى المعروضة عليها وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في هذه المسألة .

ولذلك فإننا لانتفق مع الشائع فقها من الاكتفاء بمجرد الشبهة حول دستورية النص المراد تطبيقه في الدعوى ، لكى يستخدم القاضى الرخصة المخولة له قانونا في إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا (٧) ، إذ يتعين على القاضى أن يفحص بدقة وعمق ، كما لو كان قاضيا لهذا الموضوع ، مدى دستورية هذا النص ، للتوصل إلى إحالة الأمر للمحكمة الدستورية العليا ، فقط إذا تبين له - كما ورد في المادة ٢٩ سالفه الإشارة - عدم دستورية النص .

(٧) الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : المرجع السابق - ص ٢٨٥ .
الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٤٠٧ .
وخلافا لذلك يشترط جانب من الفقه ضرورة أن ترجع المحكمة الموضوعية أن الأمر سيقتضى فيه بعدم الدستورية - راجع المستشار محمد نصر الدين كامل : اختصاص المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٩ - ص ٢٧ .

يؤكد ذلك أن المادة ٣٠ من قانون المحكمة توجب أن " يتضمن القرار الصادر بالأحالة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لحكم المادة السابقة - أى المادة ٢٩ - بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة " ، مما يشير بوضوح إلى ضرورة تأسيس محكمة الموضوع قضائها بالأحالة المباشرة على وجود مخالفة دستورية وليس على مجرد الشبهة .

ويشير بعض الفقهاء إلى الاعتبارات العملية التى دفعت المشرع إلى تنظيم هذا الطريق فى تحريك الرقابة على الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، فيرى أن الاعتبار الذى غلب عليه هو " تسويد أحكام الدستور إذ اراد أن يظهر النصوص التشريعية من العوار الدستورى الذى يكون عالقا بها ، فقد لا يتبين الخصم هذا العوار أو يتيبسه ولكنه يتجاهل آثاره أمام المحكمة لتعجله الفصل فى دعواه . ولما كان قاضى الموضوع مطالب بتغليب أحكام الدستور وإعلانها على أحكام التشريعات الأدنى مرتبه ، فإن ذلك يقتضى منحه الحق فى احالة النصوص التشريعية التى يترأى له عدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليا ، ذلك أنه إذا لم يخول هذا الحق لوجد نفسه ملتزما أو مطالبا بتطبيق نص فى موضوع النزاع بالرغم من اعتقاده بعدم دستورية هذا النص ، وهو ما يستتكمه المنطق السليم " (٨) .

ويؤكد هذا الفقه على حتمية تنظيم هذا الطريق على أساس أن رقابة الامتناع لم يعد لها محل فى ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التى قننها الدستور ذاته فى المادة ١٧٥ منه ، ومن هنا كان تقرير حق الاحالة لأن مهمة القاضى هى تطبيق القانون بتغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى ، فإذا قدر قاضى (٨) الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق ص ٤٠٨ .

الموضوع وجود تعارض بين نص تشريعى ، ونص فى الدستور فلا يمكن أن تغل يده عن تطبيق القاعدة الأعلى ، غاية الأمر أن تقرير قيام هذا التعارض أو انتفاؤه أصبح من اختصاص المحكمة الدستورية العليا فى اطار رقابتها المركزية على الدستورية .

غير أنه استنادا إلى ذات الحجة سالفة الذكر حول مهمة القاضى ، رتبت محكمة النقض نتيجة تختلف جذريا عما أشار إليه هذا الفقه بصدد الرقابة المركزية على الدستورية ، وذلك بالنسبة للتشريعات السابق صدورها على صدور الدستور ، حيث أجازت للمحاكم المختلفة الامتناع عن تطبيقها على أساس أنها منسوخة ضمنا بأحكام الدستور الجديد ، وذلك على نحو ما نبينه فى المطلب التالى .

المطلب الثالث

سلطة القضاء فى نسخ الأحكام المخالفة للدستور

استقر القضاء الدستورى ممثلا فى المحكمة الدستورية العليا على أنها - أى المحكمة - هى " المختصة وحدها بنظر الدعاوى الدستورية اعمالا للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما يؤكد أنها المختصة وحدها بنظر أى طعون بمخالفة القوانين أو اللوائح للدستور" (٩) .

وتسرى هذه القاعدة على كافة القوانين واللوائح ، سواء ما صدر منها بعد صدور الدستور الحالى ، أم ما صدر منها قبله حيث تعتبر

(٩) حكمها فى ١٩٨٨/٦/٤ - الدعوى رقم ٩٩ لسنة ٤ ق دستورية ، كذلك حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ - الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية ، المجموعة الجزء الثالث ص ٢٠٩ .

أحكامها المخالفة لنصوص هذا الدستور الجديد غير دستورية " فليس معقولا أن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب" (١٠) ، وعليه " استقر قضاء هذه المحكمة على استمرار نفاذ القوانين واللوائح الصادرة قبل العمل بالدستور حتى تلغى أو تعدل دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم دستوريتهـا شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم " (١١) .

وتتأسس هذه القاعدة وفقا لأحكام القضاء الدستورى على أن " رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه بإعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها واحداً ما يخالفها من التشريعات بإعتبارها أسـمى القواعد الآمرة " (١٢) .

غير أن محكمة النقض المصرية رأت أنه استنادا إلى ذات الأساس وهو سمو الدستور بإعتباره من قواعد النظام العام التى يلزم النزول

(١٠) المحكمة العليا فى ١٩٧٨/٤/١ دعوى رقم ٥ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٦ ، كذلك فى ١٩٧١/١٢/٤ دعوى رقم ٥ لسنة ١ ق المجموعة الجزء الأول ص ٥٠ .

(١١) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ دعوى رقم ٥ لسنة ٥ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٤١٤ ، وفى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ٤٤٢ ، وفى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢١٥ .

(١٢) المحكمة العليا فى ١٩٧١/٣/٦ دعوى رقم ٣ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ١ ، وفى ١٩٧١/١١/٦ دعوى رقم ٢ لسنة ١ ق ، ذات المجموعة ص ٣٠ .

على أحكامها ، فإنه يترتب على ذلك نتيجة أخرى مؤداها نسخ كافة القواعد القانونية السابقة في صدورها على الدستور الجديد ، إذا غدت مخالفة لأحكام هذا الدستور ، حيث قضت هذه المحكمة بدائرتها المدنية والجنائية ، وفي أكثر من حكم بأنه " لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى ، صاحب الصدارة ، فإن على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه ، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، يستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى ، لزم أعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور " - (١٣)

وقد رأت محكمة النقض في هذه الأحكام أن " ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور ، لا ينصرف حكمها بدهاء إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع " ، وتطبيقا لذلك - على سبيل المثال - قضت المحكمة بأنه " لما كان ذلك وكان مفاد ما قضى به نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية من يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور على النحو سالف البيان ، فإن حكم المادة ٤٧ من قانون الإجراءات يعتبر منسوخا ضمنا بقوة

(١٣) محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ١٩٨٨/١١/١٥ طعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ ق ، لم ينشربعد - كذلك حكمها في ١٩٧٩/٢/١٥ طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق ، المجموعة السنة ٣٠ عدد ١ رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ . راجع أيضا أحكام الدائرة الجنائية في ١٩٧٥/٣/٢٤ طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق ، المجموعة السنة ٢٦ ص ٢٥٨ - وفي ١٩٧٩/٦/٢١ طعن رقم ١٠٥٨ لسنة ٤٩ ق ، المجموعة السنة ٣٠ ص ٧٢٢ - وفي ١٩٨٥/١١/٢٠ طعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ ق ، المجموعة السنة ٣٦ رقم ١٨٨ ص ١٠٢٧ .

الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون تريض صدور قانون أدنى " (١٤) .

وهكذا بالرغم من اتفاق محكمتى النقض والدستورية العليا على مبدأ سمو الدستور وأن أحكامه من النظام العام التى يتعين الإلتزام بها ، سواء من جانب التشريعات اللاحقة على صدور الدستور أم السابقة عليه ، إلا أنهما اختلفتا فى طريق إلغاء النصوص السابقة على الدستور الجديد والتى صارت بنفاذه مخالفة لأحكامه ، حيث رأت المحكمة الدستورية العليا أنه يسرى عليها ما يسرى على التشريعات اللاحقة من نظام قانونى (١٥) ، فى حين رأت محكمة النقض أن هذه النصوص تعد منسوخة ضمنا بقوة الدستور نفسه ومنذ تاريخ العمل بأحكامه ، دون تريض صدور قانون أدنى ، ومن باب أولى دون حاجة إلى عرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا .

وقد يترتب على ذلك أن نجد فى الموضوع الواحد اختلافنا بينا له آثاره العملية بين حكمى المحكمتين ، وهو ما تحقق فعلا بصدد المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية حيث سبق لمحكمة النقض الحكم بنسخ هذه المادة ، فى حين قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريتهما ، إذ مقتضى حكم محكمة النقض إلغاء نص هذه

(١٤) حكم الدائرة الجنائية فى ١٩٨٥/١١/٢٠ سالف الإشارة .
(١٥) وهو ما طبقه القضاء الدستورى فى الكثير من الدعاوى التى تعرض فيها لبحث دستورية أو عدم دستورية التشريعات السابقة من حيث صدورها على صدور دستور ١٩٧١ الحالى ، ومن ذلك مثلا حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٨/٤/١ - دعوى رقم ٥ لسنة ٧ ق - بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ لمخالفته جملة وتفصيلا أحكام الدستور الجديد ، وحكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٢/٥/١٥ - دعوى رقم ٣ لسنة ٣ ق - بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ لمخالفتها المادة ٦٦ من دستور ١٩٧١ ، كذلك حكمها فى ١٩٨٣/١٢/٣ - دعوى رقم ٩٢ لسنة ٤ ق - بعدم دستورية البند (ب) من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدلة بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ لمخالفته حكم كل من المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور القائم .

المادة ضعنا من تاريخ العمل بدمستور ١٩٧١ ، فى حين يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا عدم جواز تطبيق هذا النص من اليوم التالى لنشر الحكم الصلدر فى ١٩٨٤/٦/٢ (١٦) .

ومن الجلى فى تقديرنا أن قضاء محكمة النقض يتفق مع القواعد الأصولية فى التفسير وإزالة التعارض بين القواعد القانونية وتحديد وظيفة القاضى فى كيفية إزالة هذا التعارض . فمن الواضح أن مناط الدفع بعدم الدستورية أن يكون النص المطعون فيه قد صدر بعد العمل بالدستور وعلى خلاف أحكامه ، بإعتبار أن القواعد والأصول الواردة فى هذا الدستور هى التى يرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاها السلطات العامة من وظائف واختصاصات ، فلا يجوز لأى منها أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها دستوريا ، إذ يشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تستوجب بسط الرقابة على هذا العمل وإمداره جزاء على مخالفة الدستور وبغية الحفاظ على أحكامه وصون مبادئه من الخروج عليها .

أما إذا كان النص المخالف سابقا على صدور الدستور ونفاذه ، فإن السلطة العامة التى أصدرت هذا النص لم تخالف القواعد أو الأصول الدستورية وقت سنه أو إقراره ، ومن ثم فإن الطعن فيه لا يكون نعيًا عليه بعدم الدستورية بالمعنى الغنى الدقيق لهذا الإصطلاح ، بل يكون دفعا بالنسخ ، والفرق بين الأمرين دقيق ولكنه واقع وله آثاره العملية ، فمن المستقر عليه أنه إذا صدر قانون يعدل أو يلغى قانونا ، فإن المحاكم تلتزم بتطبيق القانون الجديد وحده منذ صدوره ، دون أن يتوقف هذا الإلتزام على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بإنهاء العمل بالقانون القديم . وإذا

(١٦) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ ق ، بالمجموعة الجزء الثالث - ص ٦٧ ، بالمقارنة مع حكمى محكمة النقض - الدائرة الجنائية - فى ١٩٧٥/٣/٢٤ وفى ١٩٨٥/١١/٢٠ سالفى الإشارة .

صح ذلك بين القوانين التى تتساوى من حيث القوة الإلزامية ، فهو صحيح من باب أولى إذا كان القانون الجديد هو الدستور ذاته وهو القانون الأسمى والأعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية ، ولا يختلف الأمر سواء كان الالفاء صريحا أو ضمنيا ، لأن وجه الحكم لا يختلف باختلاف الشكل أو الصورة التى يقع بها الالفاء ، أى سواء بالارادة الصريحة للمشرع أم ارادته الضمنية .

وعليه فإنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية مما تختص به المحكمة الدستورية العليا على وجه الانفراد والاستئثار ، فإن تقرير النسخ أو الالفاء هو مما تختص به المحاكم كافة ، ومن ثم يفترض اختصاص المحكمة الدستورية العليا نصا قائما ونافذا قانونا ، بغض النظر عن تطبيقه عملا إذ التطبيق العملى لنص ساقط مهما طال أمده لا يرد إلى الحياة القانونية ، والنص المنسوخ أو الملغى ضمنا هو نص ساقط والساقط لا يعود ، وبالتالي لا يرد عليه الدفع بعدم الدستورية ، لأنه دفع يهدف إلى كف النص عن التطبيق لتعارضه مع الدستور ، وذلك اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم القاضى بعدم دستوريته ، مما يؤكد أن النص المخالف للدستور نص له وجود قانونى وأنه واجب التطبيق أصلا إلى أن ينشر حكم المحكمة الدستورية العليا .

وتأسيسا على ذلك فإنه إذا وقع التعارض بين نص فى الدستور ونص فى أحد القوانين أو اللوائح ، تعين على القاضى أن يبحث أى النصين أسبق ، فإن كان النص القانونى أو اللائحى هو الأسبق فى النفاذ فإن حكمه يكون قد نسخ ضمنا بنص الدستور منذ تاريخ نفاذه ، وهذا يكفى وحده لعدم تطبيقه ، أما أن كان نص القانون أو اللائحة تاليا لصدور الدستور ونفاذه ، فلا يجوز للقاضى الامتناع عن تطبيقه بدعوى عدم دستوريته ، بل يتعين عليه وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا ، إذا تراءى له ذلك أو دفع أحد الخصوم

بعدم الدستورية وقدر القاضى جديده دفعه ، أن يؤجل نظر الدعوى حتى تفصل المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسألة الدستورية . (١٧)

ومع ذلك يتعين ملاحظة أن هذا الاتجاه السالف لايستود الفقه أو القضاء فى مصر . فغالبية الفقه تشير إلى أن رقابة المحكمة الدستورية العليا هى رقابة مركزية " احتكارية " بصدد الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، بحيث يمتنع على محاكم السلطة القضائية أن تبحث فى هذه الدستورية ، وهذا يعنى زوال رقابة الامتناع التى كانت تمارسها هذه المحاكم قبل انشاء المحكمة العليا ، والتى كان من شأنها اختلاف وجهات النظر بشأن الدستورية وتضارب الأحكام القضائية وعدم استقرار التشريعات من حيث الدستورية أو عدم الدستورية (١٨) .

أما القضاء ، فمن الواضح كما أشرنا سلفا أن المحكمة الدستورية العليا لا تأخذ بهذا الاتجاه ، كما أن القضاء الادارى غير واضح فى هذا الشأن ، فالمحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر

(١٧) ومع ذلك يتعين ملاحظة أنه بالرغم من قضاء محكمة النقض المشار اليه ، فإن المحاكم العادية تتجه أحيانا إلى الاحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية نصوص تشريعية صادرة قبل نفاذ الدستور الحالى بدلا من الالتجاء إلى طريق النسخ ، ومن ذلك مثلا حكم محكمة جنايات القاهرة فى ١٩٨١/١٠/٢٨ بإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية المادة ٤٧ من قانون الاجراءات الجنائية - حيث صدر بشأنها حكم الدستورية العليا فى ١٩٨٤/٦/٢ المشار إليه فى الهامش السابق - كذلك راجع حكم محكمة شمال القاهرة الابتدائية فى ١٩٨٥/١/٣١ بإحالة مسألة دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدنى للمحكمة الدستورية ، التى أصدرت فى ذلك حكمها فى ١٩٨٥/١٢/٢١ دعوى رقم ١٥ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثالث - ص ٢٨٧ .

- (١٨) الأستاذ الدكتور شروت بدوى : المرجع السابق - ص ١٥٩ .
الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : المرجع السابق - ص ٨٢٨ .
الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ٦٨ .

فى ١٩٧٨/٥/١٦ استعرضت تاريخ الرقابة على دستورية القوانين فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا ، وأشارت إلى أن الشارع رأى عام ١٩٦٩ " تركيز رقابة دستورية القوانين فى محكمة عليا واحدة يكون لها دون غيرها سلطة الفصل فيها بأحكام ملزمة لجميع الجهات القضائية ، فصدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء محكمة عليا ... وبذلك يكون الشارع قد قصر سلطة الفصل فى دستورية القوانين على المحكمة العليا وناط بها دون غيرها البت فيها بأحكام ملزمة لجميع الجهات القضائية الأخرى وذلك حتى لا يترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها ... وبناء على ما تقدم تكون المحكمة العليا حاليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا عند انشائها هى الجهة القضائية المختصة دون غيرها بالفصل فيما يثار أمام الجهات القضائية من دفع بعدم دستورية القوانين ، ويكون ممتنعا على المحاكم الأخرى التصدى للفصل فى هذه الدفع الدستورية ولو كان ذلك بطريق الامتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستوريا ، لأن هذا الامتناع يتضمن فى حقيقته قضاء بعدم الدستورية مما يخالف أحكام الدستور والقانون اللذين عهدا بالرقابة الدستورية على القوانين للمحكمة العليا وقصر عليها هذا الاختصاص لتتولى سلطة الفصل فيه دون غيرها " (١٩) .

وبالرغم من الإشارة الواضحة فى هذا الحكم لمركزية الرقابة الدستورية ، ومقتضاها حرمان المحاكم من حق الامتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستوريا لما يعنيه ذلك فى حقيقة الأمر من القضاء بعدم الدستورية ، إلا أنه يجوز تفسير هذا الحكم بأنه يتعلق بالدفع بعدم الدستورية وليس بالدفع بالنسخ ، خاصة وأن ذات المحكمة تشير فى بعض أحكامها ضمنا إلى مسألة النسخ ، ومن

(١٩) حكمها فى ١٩٧٨/٥/١٦ قضية ٥٢٨ لسنة ١٨ ق ، المجموعة السنة ٢٣ ص ١٤٠ .

ذلك حكمها فى ١٩٨١/٢/١٧ وفيه قضت بأن " المشرع الدستورى فى اطار تأكيد أركان الدولة القانونية وتدعيم مبدأ المشروعية وسيادة القانون ، ضمن الدستور الدائم نصا بتقرير حق كل مواطن فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، وحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى ، وذلك حتى تنشط الرقابة القضائية وهى محور الضمانات الوظيفية الأساسية فى تحديد السلطة على جميع أعمال الهيئات الحاكمة ، وأن مقتضى أعمال المادة ٦٨ من الدستور سالفه الذكر أن تعتبر النصوص المانعة من التقاضى ملغاه كآثر مباشر لأعمال نصوص الدستور بحسبانه قد تضمن تنظيمها مغايرا لما تضمنته تلك النصوص ، وأن لا سند فيما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور الدائم بشأن استمرار العمل بالتشريعات السابقة إلى أن تعدل أو تلغى ، إذ ليس من مؤدى تلك المادة اضعاف حصانة دستورية دائمة على التشريعات السابقة على الدستور تبعتها عن متناول السلطة التشريعية لتجرى فى شأنها ما تراه من تعديل أو إلغاء طبقا لأحكام الدستور الدائم ، أو أن يجعلها بمغايرة من بسط رقابة المحكمة الدستورية العليا عليها " (٢٠) .

وبملاحظة التناقض فى فقرات هذا الحكم حيث لا معنى لتدخل السلطة التشريعية لتعديل أو إلغاء نصوص ملغاه فعلا من لحظة نفاذ الدستور الجديد ، أو لبسط المحكمة الدستورية العليا رقابتها عليها ، فإن الحكم يشير بوضوح إلى أن من شأن أعمال نصوص الدستور بأثر مباشر أن تكون النصوص المخالفة لأحكامه ملغاه ، وهو ما يعنى بقول آخر أن من شأن نفاذ الدستور الجديد نسخ النصوص التشريعية أو اللائحية المخالفة لأحكامه ، وهو مذهب محكمة النقض المصرية .

(٢٠) حكمها فى ١٩٨١/٢/١٧ قضية ١١٠ لسنة ٢٤ ق ، المجموعة السنة ٢٦ ص ٥٨١ .

ونحن نؤيد تماما هذا المذهب الذى يعتنقه جانب من فقه القانون العام (٢١) ، فالأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا يذهب إلى أنه بصدور دستور ١٩٧١ غدت كل القوانين السابقة عليه والتي لا تتفق معه منسوخة تطبيقا لقواعد التدرج ... ولا يعارض هذا القول مع ما قرره المادة ١٩١ من الدستور ... وذلك لأن هذه المادة تتعلق بعدم السقوط الدستوري تأكيدا لمعنى مفاده أن صدور دستور جديد لا يعنى هدم النظام القانونى القائم ، ولأن هذا الحكم العام يختلف عن موضوع التوفيق بين النصوص المتعارضة أو نسخ اللاحق للنص السابق إذا ما تعدد التوفيق (٢٢) .

من ناحية أخرى ، من شأن هذا المذهب أن ينهى مشكلة تحديد مجال تطبيق القاعدة الدستورية من حيث الزمان ، وهل يتعين التمويل على أحكام الدستور النافذ وقت صدور التشريع كمرجع للرقابة الدستورية ، أم يلزم الأخذ بأحكام الدستور القائم كمرجع لها (٢٣) ، ففى مشكلة لم تظهر إلا نتيجة الخلط بين النسخ والرقابة على دستورية القوانين السابقة على نفاذ الدستور ، ومن ذات المنطلق يتعين عدم الخلط بين الرقابة على " دستورية " القوانين ، والرقابة على " وجود " القوانين ، وهو الأمر الذى نبينه فى المطلب التالى .

(٢١) لم يتمرض لهذه المسألة من فقهاء القانون العام سوى قلة من الفقهاء ، وفى معرض التعليق على بعض الأحكام فى الندوات والمحاضرات العامة ، وعلى رأس هؤلاء الفقهاء الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا ، كما يعتنق بعض فقهاء القانون الجنائى وفى صدارتهم الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض مذهب محكمة النقض المشار إليه ، وخاصة فى مقام الدفاع أمام المحاكم القضائية المختلفة .

(٢٢) الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : القضاء الإدارى - قضاء التمويض وقضاء الألفاء - ١٩٨٨ ص ١٠١ و ١٠٢ .

(٢٣) راجع فى هذه المشكلة الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٢٣٨ : ٢٨٢ .

المطلب الرابع

الرقابة على وجود القوانين واللوائح أو انعدامها

كان القضاء المصرى قبل انشاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ينظر إلى العيوب الشكلية والاجرائية التى تشوب القوانين واللوائح ، بأن مؤداها أن يفقد العمل التشريعى صفة هذه ، ومن ثم كان القضاء يتجاهل التشريع المشوب بعيب شكلية فلا ينظر إليه كقانون من قوانين الدولة بل يعتبره والعدم سواء ، وبالتالي كان ينحى أحكامه عن التطبيق ، لأن العمل التشريعى لا تثبت له صفة هذه إلا إذا كان صادرا فى الحدود التى رسمها الدستور سواء من حيث الموضوع أم من حيث الشكل . (٢٤)

غير أن المحكمة الدستورية العليا ، من منطلق حرصها على مركزية الرقابة على الدستورية ، رأت بسط رقابتها على دستورية القوانين واللوائح من حيث مدى مطابقتها للأوضاع والاجراءات الشكلية التى رسمها الدستور فى شأن اقتراح التشريع أو اقراره أو اصداره ، حتى لا يكون أمر الفصل فى هذه العيوب الشكلية مترددا بين جهات القضاء على اختلافها مما يتعارض مع مركزية الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة ، ودرا لاحتمال تعارض المحاكم الأخرى فى شأن تفسير أحكام الدستور المتصلة بهذه الأوضاع والاجراءات .

وعلى ذلك حرصت المحكمة الدستورية العليا على منع المحاكم الأخرى صراحة من الرقابة على وجود أو انعدام القوانين من الناحية الشكلية ، خلافا لموقفها من النسخ ، فقضت فى ١٩٨٢/٢/٦ بأن مؤدى النصوص القانونية التى حددت اختصاصها دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح ، أن المشرع قد " أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وأختص بها هيئة قضائية مستقلة هى المحكمة العليا - ومن بعدها المحكمة الدستورية

(٢٤) الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٣٣٢ .

العليا - دون غيرها من الجهات القضائية ، وهو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح ، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع والاجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع واقراره واصداه ، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية ، وذلك لوجود النصوص المشار إليها في صيغة عامة مطلقة ، ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية ينتكس بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل انشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضا ، مما يهدر الحكمة التي تغياها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين واللوائح وحماية أحكام الدستور وصونها " (٢٥) .

ويحتمل بسط الرقابة على دستورية القوانين من حيث الأوضاع والاجراءات الشكلية قدر من الجدل ، إذ أن مقتضى الفصل في دستورية القوانين أن يكون هناك دستور يتعين على السلطة التشريعية الالتزام بأحكامه ، وقانون استوفى الشروط الشكلية اللازمة لانعقاده ، بحيث تراقب المحكمة دستوريته من حيث مدى اتفاه موضوعا مع أحكام الدستور .

فالرقابة على دستورية القوانين لا تشود حين يخالف القانون أحكام الدستور من حيث الشكل ، حيث يمكن القول بأن القانون لم

(٢٥) حكم ١٩٨٢/٢/٦ دعوى رقم ٨٩ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ١١ .

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري في فرنسا يراقب بدوره مدى التزام السلطة التشريعية بالاجراءات الدستورية المحددة لممارسة اختصاصاتها ، ولكن ليس بوصفه جهة اختصاص بالرقابة على دستورية القوانين ، وإنما بوصفه الجهة المختصة بتنظيم نشاط السلطات العامة - راجع في ذلك : LUCHAIRE, op.cit., M. Waligne 1974, P. 563.

يوجد بعد أو لم يستكمل كيانه التشريعى من الناحية الشكلية وفقا للدستور ، كما لو تم سن القانون بالرغم من عدم حضور أغلبية أعضاء مجلس الشعب جلسة مناقشة وإقرار هذا القانون ، أو عدم موافقة الأغلبية المطلقة للحاضرين أو الأغلبية الخاصة التى تطلبها الدستور ، أو التصويت على مشروع القانون جملة واحدة وليس مادة مادة ، وكل ذلك بالمخالفة للمادة ، ١٠٧ من الدستور ، وكذلك الحال إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بإجراءات المادة ١١٠ من الدستور والتى تتطلب أن " يحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه ، على أنه بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لبدء الرأى فى جواز نظر المجلس فيها ، وبعد أن يقرر المجلس ذلك " ، وأيضا ما قضى به نص المادة ١١١ من الدستور من أن " كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لايجوز تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد " .

ومن قبيل الأوضاع الاجرائية كذلك عدم اصدار القانون من جانب رئيس الجمهورية وفقا للمادة ١١٢ من الدستور ، أو سن القانون فى غير أحوار انعقاد مجلس الشعب ، العادية أو غير العادية ، وفقا للمادتين ١٠١ و ١٠٢ من الدستور ، أو صدره فى اجتماع لمجلس الشعب فى غير المكان المعد له حيث رأى المشرع الدستورى أن مثل هذا الاجتماع " غير مشروع والقرارات التى تصدر فيه باطلة " وذلك فى المادة ١٠٠ منه .

كما أنه من البديهي أن يشترط فى القانون صدره عن سلطة تشريعية مختصة من الناحية العضوية أو الشكلية ، فلا يعد قانونا ما يصدر عن السلطة التنفيذية من " تشريعات " مفتتحة بذلك وظيفة مجلس الشعب ، فى غير الحالات التى يجيز لها الدستور ذلك ، ومن باب أولى لا يعد قانونا ما يصدر عن " هيئة " يثبت أنها ليست

بسلطة تشريعية من الأصل أو زالت عنها هذه الصفة نتيجة بطلان تكوينها أو تشكيلها .

وعلى هذا الأساس يتعين علينا فهم موقف المحكمة الدستورية العليا عندما قضت في حكمها الصادر عام ١٩٩٠ - محل هذه الدراسة - بأنه لما كانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي أنهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة ، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه . فقد قدرت المحكمة بحق أنه في وسع أى محكمة أو جهة ذات اختصاص قضائى أن تحكم بإنعدام القوانين الصادرة عن هذا " المجلس المذكور " لانتفاء صفة السلطة التشريعية عنه ، لأن الطعن في هذه القوانين أو بالأحرى " تصرفات " هذا المجلس لا يعد طعنا بعدم الدستورية ، بل هو طعن عليها بعدم الوجود أو بالانعدام .

وهكذا تخوفا من المحكمة الدستورية العليا - وهو تخوف له أساسه - من عدم اقرار المحاكم المختلفة لها بالاختصاص على وجه الانفراد والاستئثار بالرقابة على " وجود " القوانين واللوائح ، باعتبارها رقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل والإجراءات ، فإنها قدرت ضرورة الحكم باستمرار نفاذ وسريان قرارات وقوانين هذا المجلس الباطل على نحو ما سلف شرحه ، لمواجهة احتمال أن تقر المحاكم الأخرى لنفسها باستمرار اختصاصها بالفصل في مسألة انعدام القانون ابتداء أو بسقوطه أو بإلغائه بعد صدوره ، ومن ثم الامتناع عن تطبيق أى قانون لم يستجمع شروطه الشكلية سواء من حيث انعقاده أو استمرار نفاذه ، تأسيسا على افتقار هذا القانون إلى الوجود القانونى وبالتالي انعدامه ، وهى مسألة لا علاقة لها بدستورية القوانين واختصاص المحكمة الدستورية العليا ، إذ لا

معنى قانوننا للحكم بالغلاء أمر غير موجود ، وبالتالي يكفى أن يعلن القاضي عن انعدام وجود القانون (٢٦) .

ولا يقتصر التمييز بين الحكم بإنعدام القانون أو بسقوطه أو بإلغائه والقضاء بعدم الدستورية على موضوع الاختصاص ، وإنما يمتد ذلك إلى مسألة الآثار المترتبة على الحكم ، فالقوانين التي يقضى بإنعدامها أو بسقوطها ، تعد ملفه من تاريخ صدورها في حالة الانعدام أو من تاريخ تحقق العيب الذي شابها أو العارض الذي اعترها في حالة السقوط ، أما الحكم بعدم الدستورية ، فإنه يترتب عليه امتناع تطبيق النص الذي وُصِف بهذا العيب اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم وفقاً للمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية ، مما يثير معه السؤال حول هذه الآثار المترتبة على أحكام هذه المحكمة في المسائل الدستورية وهو ما نتناوله بالدراسة في المبحث التالي .

(٢٦) في تقديرنا أنه يلزم التمييز بدقة بين مسألة " انعقاد " القانون أي ولادته ووجوده القانوني ومسألة " صحة " هذا القانون أي استيفائه للشروط الشكلية والموضوعية التي استلزمها الدستور أو القانون العادي لصحة ومشروعية القانون ، حيث أننا نرى اختصاص كافة المحاكم بفحص شروط انعقاد القانون ، فإذا توافرت تعين الاعتراف بوجود القانون ونفاذه ، وخاصة إذا لم يشوبه أي مخالفة لأحكام الدستور شكلاً أو موضوعاً ، وفي حالة الشك في مدى توافر هذه المخالفة ، فإن الجهة القضائية المختصة بالرقابة عليها هي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، أما في حالة عدم توافر شروط انعقاد القانون ، فمعنى ذلك أنه لم يوجد ويحق للقاضي الموضوع أن يعلن عن انعدامه ، وتبقى بعد ذلك مشكلة تحديد شروط الانعقاد وتمييزها عن شروط الصحة قانوناً ، وهل يمكن التمييز داخل شروط الصحة بين ما يعد من الشروط الجوهرية التي تؤدي إلى الانعدام أو البطلان والشروط غير الجوهرية التي لا تؤدي إلى ذلك ، أو بين المخالفة الجسيمة والمخالفة البسيطة لها وأثار هذه التفرقة ؟ وكل ذلك يحتاج بغير شك إلى دراسة متخصصة ليست محلاً لموضوع هذا البحث .

المبحث الثاني أثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا فى المسائل الدستورية

لم يحدد الدستور آثار الحكم الذى يصدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعى أو لائحى ، أو القرار الذى تصدره بتفسير مثل هذه النصوص . وكان قضاء المحكمة العليا مستقرا فى ظل قانون انشائها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، وقانون الاجراءات والرسوم رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، على أن الأحكام التى كانت تصدر عنها بعدم دستورية أى نص تشريعى أو لائحى ، يترتب عليها إلغاء هذا النص واعتباره كأن لم يكن ، والتزام جميع جهات القضاء بهذه الأحكام لما لها من حجية مطلقة . (١)

واستنادا إلى أن الدستور الحالى ينص فى المادة ١٧٨ منه على أن ينظم القانون " ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار " ، فقد رتب المشرع فى قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الآثار فى المواد من ٤٨ إلى ٥٠ منه ، حيث نصت المادة ٤٨ على أن " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن " ، وتقضى المادة ٤٩ بأن " أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة . وتُنشر الأحكام والقرارات المشار إليها فى الفقرة السابقة فى الجريدة الرسمية ويغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها . ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم . فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت

(١) المحكمة العليا فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٢١٥ - وفى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ .

بالادانة استنادا إلى ذلك النص كان لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه " . أما المادة ٥٠ فهي تنص على أن " تفصل المحكمة دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها . وتسرى على هذه المنازعات الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لايتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها . ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل فى المنازعة " .

وتشير هذه النصوص التساؤل حول عدة مسائل ، نرى ضرورة التعرض لها فى اطار هذه الدراسة ، وهى تدور أولا حول طبيعة الرقابة القضائية على الدستورية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا ، وثانيا تحديد الأثر الكاشف أو المنشئ لأحكامها فى المسائل الدستورية ، وثالثا حجية هذه الأحكام ، وأخيرا تنفيذها وما قد يثيره هذا التنفيذ من مشكلات ، وكل ذلك مع التطبيق على الحكم محل دراستنا .

المطلب الأول طبيعة رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح

يشير ما ورد فى المادة ٤٩ سالفه الذكر من أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة " عدم جواز تطبيقه " التساؤل حول طبيعة الرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح ، وهل هى رقابة الغاء أم أنها فقط رقابة امتناع ؟

من الناحية النظرية يمكن ملاحظة أن المنطق القانوني يربط بين نظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين ، ورقابة الالغاء واعتبار النص غير الدستوري كأن لم يكن ، وتحريك الرقابة على الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية ، وكل ذلك من ناحية يقابلها نظام الرقابة غير المركزية أى تلك التى تمارسها كافة المحاكم ، وهى رقابة امتناع بالضرورة بمعنى أنها تقتصر على أعمال المحكمة لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه فى الدعوى المطروحة عليها ، ويتم تحريك هذه الرقابة من خلال الدنع بعدم الدستورية ، وذلك من ناحية أخرى .

ومع ذلك فإن الربط بين هذه الأنظمة على ذلك النحو ليس حتميا من الناحية العملية أو القانونية ، إذ يمكن المزج بين هذه الأنظمة بما يتفق مع ظروف كل دولة ، وهذا ما حققه المشرع فى قانون المحكمة الدستورية الحالية ، إذ بالرغم من اعتناقه لمبدأ مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، إلا أنه لم يتبع أسلوب تحريك هذه الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ، كما أنه لم يخول المحكمة الدستورية العليا سلطة الغاء النصوص غير الدستورية . ومن هنا جاء التساؤل حول ما رتبه المشرع على الحكم بعدم الدستورية ، ومدلول " عدم جواز تطبيق " النصوص التى يحكم بعدم دستورتها .

من الجلى فى تقديرنا أنه لا يمكن تكييف رقابة المحكمة الدستورية العليا على الدستورية بأنها رقابة امتناع (٢) ، إذ

(٢) يحاول بعض الفقهاء التوفيق بين رقابة الامتناع والحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية فيقرر " أن رقابة الدستورية فى مصر هى رقابة امتناع عن تطبيق النص غير الدستوري وليست رقابة الغاء له ، وأن كان الامتناع هنا يتسم بالعمومية والاطلاق وليس بالنسبية من حيث ترتيب اشاره الملزمة ، فالامتناع عن التطبيق ملزم للسلطات جميعها بصفة عامة ، وللسلطة القضائية من بينها بصفة خاصة فضلا عن الكافة من الأفراد - الدكتور مصطفى عفيفى : المرجع السابق - ص ٢٨٨ . ومن الجلى فى

مقتضى هذه الرقابة اعمال تطبيق النص غير الدستوري فى القضية المشار بصدها مسألة الدستورية ، دون أن يحول ذلك من استمرار نفاذ النص وسريان حكمه فى الأحوال الأخرى التى يتسنى فيها ذلك ، وهو الأمر الذى لا يمكن التسليم به فى ظل النظام الحالى للرقابة على الدستورية ، حيث تقضى المادة ٤٩ مالفة الذكر بأن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة .

ومفاد هذا النص أن سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية ملزمة بالنزول على مقتضى أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ويتبدى وجه الالتزام بالنسبة للسلطة التشريعية فى قيامها بإلغاء النص القانونى الذى قضى بعدم دستوريته ، وكذلك تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية أن كانت هناك علاقة بين أحكام هذه التشريعات وحكم النص القانونى الذى قضت المحكمة بعدم دستوريته ، كما يكون على هذه السلطة أن تراعى الحكم الصادر من المحكمة بالنسبة لما تضمنه فى المستقبل من تشريعات . كما يتبدى عين الالتزام السابق للسلطة التنفيذية بشأن النصوص اللائحية التى يقضى بعدم دستوريته ، علاوة على التزام هذه السلطة بعدم وضع النصوص التى قضت المحكمة بعدم دستوريته موضع التنفيذ . وهكذا تكون سلطة الإلغاء لمن يملك الانشاء ، فلا يترتب هذا الإلغاء مباشرة من خلال الحكم بعدم الدستورية فى ذاته . (٣)

أما عن السلطة القضائية ، فإنها بدورها تلتزم بحكم المحكمة الدستورية العليا بالامتناع عن تطبيق النص الذى قضت فيه هذه

= نقديرياً أن المعنى الاصطلاحي لرقابة الامتناع لا ينطبق على المفهوم المشار إليه ، وأن هذا المفهوم أقرب إلى رقابة الإلغاء منه إلى رقابة الامتناع .
(٣) راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور إبراهيم شيجا : المرجع السابق - ص ٨٢٨ .

المحكمة بعدم دستوريته ، وذلك فى جميع القضايا المعروضة أمامها أو التى تعرض عليها فى المستقبل ، ويراد تطبيق هذا النص عليها.

وبالرغم من أن حكم المحكمة الدستورية العليا ينص فقط على عدم دستورية النص المطعون فيه ، ولا يقرر بذاته إلغاء القانون المخالف للدستور ، إلا أن الفقه يرى أن آثار الحكم من الناحية العملية تؤدى إلى إلغاء هذا النص المخالف للدستور وانعدام كل قيمة له واعتباره كأن لم يكن ، وذلك لأنه حكم ذو حجية عامة ومطلقة إزاء الكافة مما يؤدى إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبصفة نهائية ، وبالتالي لا يسمح فى المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد ، كما أنه ينتج عن نشر الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق القانون المخالف للدستور ، وهذا ذلك يعينان ببساطة إلغاء النص المخالف للدستور رغم عدم التصريح بذلك .

(٤)

بيد أن القضاء الدستورى ، المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا كذلك ، يحدد مقتضى الحكم بعدم دستورية أحد النصوص بأنه يعنى إلغاء قوة نفاذه (٥) ، فقد تعددت أحكامه التى

(٤) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى : الدستور المصرى - ١٩٨٥ ص ٤٩٢ .

الأستاذ الدكتور محسن خليل : النظام الدستورى المصرى - الجزء الأول ١٩٨٨ - ص ٥٤٩ .

الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٥٢٢ .

الدكتور محمد عبد اللطيف : المرجع السابق - ص ٢٤٨ .

الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ١١٠ .

(٥) يؤكد الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا على أن تعبير " إلغاء النص " يتساوى فى أثره وفى نتائج القانونيه مع تعبير " إلغاء قوة نفاذ النص " ، وهو يرى بحق أن عدم استخدام المحكمة للتعبير الأول هو من قبيل المواءمة فى الصياغة والرعاية الشكلية للسلطة التى تضع التشريع ، إلا أن ذلك لا يغير من حقيقة الأمر ، فالحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو فى لائحة يعنى الحكم بطلانه ، فالأمران يميزان عن شئ واحد ==

يقضى فيها بأن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة العليا - أو المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، وإلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان " (٦) .

وفى بعض أحكامها أكدت المحكمة العليا أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة (٧) .

هذا الحكم الأخير على وجه الخصوص مؤداه أن " عدم جواز تطبيق" النص غير الدستورى يعنى الغاء قوة نفاذه ، وأن هذا الالغاء يؤدي إلى سقوط النص كتشريع من تشريعات الدولة ، تأسيساً على أنه يغدو بمقتضى هذا الحكم معدوماً من الناحية القانونية ، ومن ثم فإن هذا الانعدام يعنى بغير جدال أن النص يعتبر كأن لم يكن منذ لحظة صدوره ، وبمعنى آخر يعود هذا الالغاء أو الانعدام بأثر رجعى إلى تاريخ صدور النص غير الدستورى .

٢٠ ، أو أن شئنا - فإن البطلان هو الجزء أو الأثر القانونى المترتب على المخالفة الدستورية ، وهو أثر لها فى التحليل القانونى كعملية ذهنية دون انفصال بينهما . راجع بحث سالف الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٢ .

(٦) المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ - والمحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٤/٣/١٧ دعوى رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ - وفى ١٩٨٥/٢/١٦ دعوى رقم ١٦ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٥٢ - وفى ١٩٨٥/١١/١٦ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢٤٥ - وفى ١٩٨٥/١٢/٢١ دعوى رقم ١١ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ٢٥٥ .

(٧) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/١٢/١١ دعوى رقم ٨ لسنة ٣ ق - منشور فى موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية للمستشار أحمد هبة - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ - ص ١٢١ .

ومع ملاحظة أن هذا الحكم قد صدر عن المحكمة العليا وليس عن المحكمة الدستورية العليا ، وأن قانون هذه الأخيرة ينص في المادة ٤٩ سالفة الذكر على أن يسرى " عدم جواز تطبيق " النص المحكوم بعدم دستوريته اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم ، فإنه يثور التساؤل عن الأثر الرجعى الكاشف للحكم بعدم الدستورية أو أثره المنشئ المباشر فى ظل القانون الحالى للمحكمة الدستورية العليا ، وهو ما نحدده فى المطلب التالى .

المطلب الثانى الأثر الكاشف أو المنشئ للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا

تشور بصدد الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة مشكلة تحديد التاريخ الذى تبدأ فيه آثار هذه الأحكام ، أو النطاق الزمنى لتنفيذها ، وبالتالى الوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام ترتب آثارها بالنسبة للمستقبل فقط أم أن لها أثر رجعى يترد إلى تاريخ صدور النص مثلا . وحول هذه المسألة اختلف الفقه إلى عدة اتجاهات ، حيث ذهب اتجاه إلى القول بأن آثار الأحكام بعدم الدستورية ليست كاشفة وإنما منشئة ، وسلم اتجاه آخر بذلك مع انتقاله لذلك ، فى حين رأت أغلبية الفقه أن هذه الآثار منشئة وليست كاشفة .

الاتجاه الأول :

يقرر جانب من الفقه بأنه يتبين من نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن المشرع لم يجعل أثر الحكم بعدم الدستورية واحدا ، بل ميز بين حالتين :

الحالة الأولى : الحكم بعدم دستورية " نص جنائي " ، وهنا قرر المشرع اعتبار الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص " كان لم تكن " ومعنى ذلك أن المشرع جعل أثر الحكم مرتدا إلى الماضى . وهذا حكم منطقي لأنه لا يتفق مع العدل أو المنطق أن يعاقب مواطن على أساس نص ثبتت مخالفته للدستور .

الحالة الثانية : الأحكام الأخرى غير ذات الصبغة الجنائية ، وهذه لا تنفذ إلا " من اليوم التالى لنشر الحكم " . ومعنى ذلك أن النص المحكوم بعدم دستوريته فى غير الأمور الجنائية ، يحتفظ بقوته كاملة وبجميع آثاره السابقة على نشر الحكم بعدم الدستورية . وقد قرر المشرع ذلك ضمنا للاستقرار . ولهذا سلكت دول أخرى على رأسها فرنسا ، سبيل الرقابة السابقة على دستورية القوانين بمعنى أن الجهة التى خولها المشرع الطعن بعدم الدستورية ، عليها أن تستعمل هذا الحق قبل صدور القانون . فإذا صدر القانون امتنع الطعن بعدم الدستورية . ومن الناحية العملية المجردة ، فإن هذا الأسلوب يكفل الاستقرار التشريعى (٨) .

الاتجاه الثانى :

يسلم جانب آخر من الفقه بأن القانون الحالى للمحكمة الدستورية العليا - فى المادة ٤٩ منه - يرتب أثرا بالإلغاء اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم بالنسبة لى نص غير جنائى ، بينما يرتب أثرا بالإلغاء يترد إلى تاريخ صدور جميع أحكام الإدانة التى استندت إليه - أى إلى النص الجنائى المقضى بعدم دستوريته - ويعتبرها كأن لم تكن .

(٨) الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوى فى تعليقه على حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذا البحث : مجلة العلوم الادارية السنة ٣٢ - ١٩٩٠ - المجلد الأول ص ٢٤٠ .

ولكن هذا الفقه ينتقد موقف المشرع من هذه المسألة ، فمن ناحية تحوى المادة ٤٩ المشار إليها أحكاما متعارضة ، فهى ترسي قاعدة مؤداهما أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص معين لا يرتب أثرا بعدم تطبيق هذا النص إلا من اليوم التالى لنشر ذلك الحكم . وهذا الأثر يفيد أن الحكم المذكور يكون منشأ فيما قضى به من عدم الدستورية - مع أن عدم الدستورية عيب يشوب النص منذ صدوره ولا يكون الحكم القضائى الصادر فى شأنه إلا مقررًا لهذا العيب أو كاشفًا له . والحكم القضائى المقرر أو الكاشف يجب أن يرتب آثارًا سابقة . وتعود المادة المتقدمة فتستثنى من القاعدة المشار إليها الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائى ، إذ ترتب عليه أثرا رجعيًا يتمثل فى اعتبار الأحكام التى سبق أن صدرت بالإدانة استنادًا إليه كان لم تكن .

ويرى هذا الفقه - من ناحية أخرى - أن عدم ترتيب الأثر السابق للحكم الذى يصدر بعدم الدستورية يخالف ما هو مسلم من أن هذا الحكم مقرر أو كاشف ، كما يخالف ما هو مسلم من أن أحكام الإلغاء ترتب اعتبار النص الملغى كان لم يكن من تاريخ صدوره . كما أنه ما دام أن المشرع الدستورى قد أوجب إنشاء محكمة دستورية عليها وعقد لها منفردة ولاية رقابة دستورية القوانين واللوائح ، فإنه يكون أوفى فى تحقيق الأهداف المنشودة من انشائها اعتبار جميع الأحكام التى تصدر منها بعدم الدستورية مقررًا وكاشفًا عن عيب عدم الدستورية بحيث يترتب عليها إلغاء النص غير الدستورى واعتباره كأن لم يكن من تاريخ صدوره بكل ما يترتب على ذلك من آثار . وفى الأخذ بهذا النظر لتحقيق للمزيد من الانصاف للأفراد ، وحث للسلطتين التشريعية والتنفيذية على التزام أحكام الدستور خشية

الغاء أعمالهما التشريعية بأثر رجعى وتحميلهما المسؤولية بالتعويض عن هذه الأعمال (٩) .

الاتجاه الثالث :

يذهب الاتجاه الراجح والغالب فقها إلى أنه ولئن كان ظاهر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يوحى بأن نفاذ الحكم بعدم الدستورية يكون بالنسبة للمستقبل ، إلا أن تفسير هذا النص بمراعاة ما أوردته المذكرة الإيضاحية ، وبعد الرجوع إلى المصدر التاريخى للنص ، والقواعد العامة للأحكام القضائية من حيث آثارها ، وطبيعة نظام الرقابة على دستورية القوانين الحالى فى مصر ، يؤدى إلى تقرير الأثر الرجعى الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية فى الحدود المناسبة ، وذلك على النحو التالى (١٠) :

١ - حددت المذكرة الإيضاحية مقتضى المادة ٤٩ المشار إليها بقولها إنه " نص ورد فى بعض القوانين المقارنه واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب ، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بإنقضاء مدة التقادم . أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكام التى صدرت

(٩) الأستاذ الدكتور سعد عصفور : النظام الدستورى المصرى - ١٩٨٠ - ص ٣١٩ و ٣٢٠ ويؤيده فى ذات الاتجاه الأستاذ الدكتور إبراهيم شحنا : المرجع السابق - ص ٨٣ - كذلك الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ١١٠ .

(١٠) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٦١٤ .
الأستاذ الدكتور عاطف البنا : المقالة : سألغة الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٣ .

الدكتور محمد عبد اللطيف : المرجع السابق - ص ٢٥٦ .
الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٤٧١ .
المستشار محمد السيد زهران : المرجع السابق - ص ١٤٠ .

بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كان لم تكن ، ولو كانت أحكام باتة " .

٢ - ومن الجلى أن المصدر التاريخى للمادة ٤٩ المشار إليها هو نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية فى إيطاليا - القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣ - وقد استقر الفقه والقضاء هناك على أن الحكم بعدم الدستورية لا يسرى فقط بالنسبة إلى المستقبل ، وإنما أيضا على الماضى بأثر رجعى ، بإستثناء المراكز التى تكونت بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو أصبح باتا بإنقضاء مدد التقادم أو السقوط .

٣ - أن القواعد العامة فى الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، ومن ثم فإن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لا ينشئ البطلان ، وإنما يكشف عنه لأن التشريع باطل منذ وجوده نتيجة مخالفته للدستور ، والحكم يكشف عما هو موجود ولا ينشئه ، ومؤدى ذلك بالضرورة أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى ، وهى نتيجة حتمية يفرضها إعمال مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية ، مما يقتضى اهدار ما رتبته النص غير الدستورى من آثار مع الأخذ فى الاعتبار دواعى الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية .

٤ - أن القول بريان حكم المحكمة الدستورية العليا على المستقبل فقط إنما يتعارض مع نظام الرقابة على دستورية القوانين كما نظمها المشرع المصرى ، حيث يقوم هذا التنظيم القانونى على إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر احدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء ، اما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، والمشرع يبنى بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضوعية التى أثير بصدها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم

الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعى لأصبح لزاما على محكمة الموضوع التى أراجأت تطبيق القانون عند الشك فى دستوريته ، أن تطبق ذات القانون بعد الحكم بعدم دستوريته فى نفس المنازعة ، لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية ، وتلك نتيجة شاذة يأبأها المنطق القانونى ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ، ولا يتحقق بالتالى لمن أبدى هذا الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى الذى كفله الدستور للناس كلفة ، غير مجد بالنسبة للمسألة الدستورية ومجردا من مضمونه ، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه .

٥ - بالرغم من ظاهر نص المادة ٤٩ إلا أنه لا ينبغى الأثر الرجعى للحكم ، ومن ثم يكون مفهومه هو تحديد التاريخ الذى يعتد به قانونا للقول بوجود حكم واجب النفاذ ، وقد حدده القانون باليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية ، فالأحكام عامة لا يعتد بوجودها إلا بصورها أو بإعلانها بحسب الأحوال ، ولا تنفذ إلا بعد هذا الصدور أو الإعلان ، ولكن كيف تنفذ ؟ أنها تنفذ بأثر رجعى نظرا لطبيعة الأحكام القضائية باعتبارها كاشفة لا منشئة . وهكذا حكم المحكمة الدستورية العليا حيث لا يوجد حكم صالح للتنفيذ إلا من اليوم التالى لتاريخ نشره ، وهو من هذا التاريخ ينفذ بأثر رجعى على كل الأوضاع والمراكز القانونية حتى السابقة على صدور الحكم .

ومن ناحية أخرى فإن نص المادة ٤٩ على عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة ، ولما كان قاضى الموضوع من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه

من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته .

أما عن النص الخاص بالنصوص الجنائية فإنه ليس استثناء من قاعدة مؤداها عدم رجعية أحكام عدم الدستورية ، وإنما هو تطبيق لقاعدة الرجعية ، وقد قرره المشرع بهدف إعمال الرجعية فى هذا الخصوص على إطلاقها دون أن يحد من هذا الإطلاق ما يمكن أن يحد فى الحالات الأخرى ، وبذلك يصل الأمر إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضى بالنسبة لأحكام الإدانة المستندة إلى النص غير الدستورى ، أما فى المسائل غير الجنائية ، فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاق الرجعية عليها ، كالحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت بحكم - غير جنائى - حاز قوة الأمر المقضى أو يانقضاء مدة التقادم ، على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة .

موقف القضاء : اعتنقت المحكمة الدستورية العليا منذ نشأتها الاتجاه الفقهى الأخير لما يوفره من ضمانات حقيقية للأفراد ، إضافة لاتفاقه مع المنطق القانونى السليم ومقتضيات الرقابة الدستورية الصحيحة ، كما أخذت بذات الاتجاه المحكمة الإدارية العليا فى جهة القضاء الإدارى .

ففى حكمها الصادر فى ١٩٨٤/٣/٤ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " لا شك أن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين كاشف لعدم دستورية القانون المشار إليه منذ صدوره فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٨١ كما ذهب إلى ذلك بحق الحكم

المطعون فيه ... وليس صحيحا ما ذهب إليه الطعن من أن القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ حتى ولو كان مخالفا لأحكام الدستور يظل نافذا من تاريخ العمل به فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٨١ إلى أن يلغى أو يعدل وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى الدستور ، وأن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون بجلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ لا ينصرف أثره إلى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٥ لسنة ٨١ لتعارض ذلك مع نص المادة ١٩١ من الدستور ، ليس ذلك صحيحا فى المفهوم القانونى السليم ... كما أن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ... لا يعنى كما ذهب إلى ذلك الطعن أن القانون الذى تقضى بعدم دستوريته يظل ساريا ونافذ المفعول كتقاعدة عامة إلى اليوم التالى لنشر الحكم الصادر بعدم دستوريته ، وإنما يعنى وجوب عدم تطبيق القانون المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية لتوافر العلم بعدم دستوريته بهذا النشر ، ولا يستفاد من ذلك سريان القانون ونفاذه رغم الحكم بعدم دستوريته حتى تاريخ نشر الحكم ، ذلك أن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون لا ينشئ واقعا جديدا ، وإنما يقرر واقعا موجودا فالقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ لم يكن دستوريا منذ صدوره فى ٢٢ من يوليو سنة ١٩٨١ وليس من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم دستوريته وإلا كان القانون دستوريا فى فترة زمنية وغير دستورى فى فترة أخرى مع ابقائه كما هو تحت ظل دستور واحد ، وهو ما لا يستقيم لا فى المفهوم القانونى ولا فى المفهوم المنطقى .

وأية أن القانون المقضى بعدم دستوريته يعتبر كذلك من تاريخ صدوره هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه من اعتبار الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى نص جنائى قضى بعدم دستوريته كان لم تكن ، فهذا النص يرجع أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته ، وليس ذلك إستثناء قاصرا

على النصوص الجنائية كما يذهب الطعن ، وإنما هو تقرير لمبدأ أن الأحكام كاشفة لا منشئة ، وما نص على أحكام الإداة استنادا إلى نص جنائي قضى بعدم دستوريته إلا لينص على اعتبار تلك الأحكام كأن لم تكن لما للأحكام الجنائية من خطورة ومساس بالحرريات الشخصية " (١١) .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بدورها اعتناقها لهذا الاتجاه ، وذلك في حكمها في ١٩٨٢/٦/٥ وفي ١٩٨٣/٦/١١ (١٢) ، كما أنها استندت إلى ذات هذه الحجج في حكمها محل دراستنا للتوصل إلى الحكم ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، للتأكيد على أن لحكمها أثر رجعي يتردد إلى تاريخ تطبيق النص غير الدستوري . وقد أقامت المحكمة هذا القضاء على الأساس التالي :

" حيث أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشيء مراكزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلزمه منذ صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره

(١١) حكمها في ١٩٨٤/٣/٤ قضية ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ ق ، المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٢٦ ص ٧٩١ . راجع كذلك حكمها في ١٩٨٢/١/١٦ قضية ٣٨٣ لسنة ٢٢ ق ، المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٢ ص ٢٢٨ - وفيه قضت بأن " مقتضى الحكم بعدم دستورية نص في القانون أو اللائحة أن يهدر النص كلية بما شمله من أحكام من عداد القواعد التشريعية ، وأن يتجرد من صفته التشريعية ، وأن يعتبر كأن لم يكن بالنسبة للكافة اعتبارا من تاريخ صدوره أو من تاريخ العمل بالدستور أيهما أقرب " .
(١٢) حكمها في ١٩٨٢/٦/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثاني ص ٦٣ - وفي ١٩٨٣/٦/١١ دعوى رقم ٤٨ لسنة ٣ ق ، ذات المجموعة ص ١٤٨ .

، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفى حدوده المقررة شكلا وموضوعا . فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره . فضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز فى قانون المحكمة الدستورية العليا اشارة المسألة الدستورية أثناء نظر أحد الدعوى أمام أى من جهات القضاء ، أما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك فى عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى المسألة المثارة ، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضوعية التى أثير فيها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم رجعى ، لأصبح لزاما على قاضى الموضوع - الذى أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك فى عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يباه المنطق القانونى السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدأ الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى - وهو من الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة ٦٨ منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه ، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلى ذلك فإن النص فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، وهو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص - الا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى

تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على اطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد اسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية ، فنصت على أنه " فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى ، تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ... أما فى المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية على ما سلف بيانه ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحدد من اطلاقه الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ... وما جرى عليه قضاء هذه المحكمة " (١٣) .

من ناحية أخرى جرى قضاء المحكمة العليا وكذلك المحكمة الدستورية العليا على قبول الطعن بعدم دستورية التشريع حتى وان ألغى هذا التشريع أو تم تعديله (١٤) ، ومن غير شك أنه بدون تقرير الرجعية للحكم الصادر بعدم الدستورية تنتفى الفائدة من الحكم فى مثل هذه الطعون ، وتنعهدم جدواه فى الدعوى الموضوعية ، وهو أمر غير سالك .

(١٣) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ مكر فى ١٩٩٠/٦/٣ ص ٢٢ ومايعدها .
(١٤) المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٧/٥/١٦ دعوى رقم ١٣١ لسنة ٦ ق . وقد اضطرت أحكام القضاء الدستورى على الربط بين قبول الطعن بعدم الدستورية وبين توافر المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن ، وأن مناط هذه المصلحة ارتباطها بمصلحته فى دعوى الموضوع التى أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبةها والتى يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها - راجع المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٤/١/٧ دعوى رقم ٣٥ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٩ - وفى ١٩٨٥/٤/٦ دعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٧٦ - وفى ١٩٨٦/٢/١ دعوى رقم ٩٧ لسنة ٦ ق ، ذات المجموعة ص ٣٠٦ .

المطلب الثالث حجية الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية

تنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام هذه المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن ، كما نصت المادة ٤٩ منه على أن هذه الأحكام ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة . ويصدر حكم المحكمة محل هذه الدراسة متضمنا بطلان مجلس الشعب منذ انتخابه ، ثار النقاش حول مدى حجية هذا البطلان وفقا للنصوص المشار إليها ، ولتوضيح ذلك نشير أولا إلى طبيعة هذه الحجية أو مداها وذلك بتحديد ما إذا كانت مطلقة أم نسبية ، ثم نتعرض ثانيا للأحكام التى يمكن أن تتمتع بالحجية المطلقة ، وأخيرا نبين أى أجزاء الحكم الذى يتمتع بتلك الحجية وهل تمتد إلى الأسباب والحجيات أم تقتصر على منطق الحكم .

أولا : مدى حجية الأحكام فى المسائل الدستورية ،
الأصل أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه ، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية إذا قام النزاع مرة أخرى بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا ، وذلك وفقا لقانون الاثبات الحالى فى مصر ، فى المادة ١٠١ منه . وهو ما يفيد أن الأصل فى حجية الأحكام أنها نسبية ما لم يقض المشرع بغير ذلك .

ولما كانت المادة ٤٩ سالفه الذكر تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ، فمن المسلم به أن مقتضى هذا النص أن لهذه الأحكام حجية مطلقة لأن وصف الحكم بأنه ملزم للکافة يعنى بغير جدال الحجية المطلقة لهذا الحكم ، علاوة على أن الأخذ بأسلوب مركزية

الرقابة يستلزم هذه الحجية المطلقة ، على خلاف أسلوب مباشرة رقابة كافة المحاكم للدستورية ، حيث لا تملك المحكمة فى ظل هذا الأسلوب سوى الامتناع عن تطبيق النص غير الدستورى وفى القضية المطروح عليها تطبيقه فيها فقط ، ومن ثم لا يحوز قضاؤها فى هذا الصدد سوى حجية نسبية ، فلا تتقيد المحاكم الأخرى بما قضت به ، بل ولا تتقيد هى نفسها بذلك القضاء فى الدعاوى الأخرى التى تنظرها مستقبلا .

يضاف إلى ذلك أن طبيعة الدعوى الدستورية أن الخصومة فيها عينية ، فهى توجه إلى النصوص التشريعية المطعون فيها ليعيب دستورى بهدف الحكم عليها بعدم الدستورية ، مما يقتضى أن يحوز الحكم الصادر فى هذه الدعوى حجية مطلقة ينسحب أثرها إلى الكافة ، فلا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت بشأنها ، وبحيث إذا أثير طعن فى دعوى تالية بشأن عدم دستورية نص سبق للمحكمة الدستورية العليا القضاء بعدم دستوريته كانت هذه الدعوى غير ذات موضوع ، وبالتالي غير مقبولة . (١٥)

ثانيا : الأحكام التى تتمتع بالحجية المطلقة فى الدعاوى الدستورية :

ليس من خلاف حول تمتع جميع الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى أو لائعى بالحجية المطلقة ، أما الأحكام الأخرى الصادرة فى الدعاوى الدستورية ، فإن تمتعها بالحجية المطلقة محل نقاش وتفصيل .

(١٥) راجع فى ذلك على سبيل المثال حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٢١٥ - وفى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ٤ لسنة ٥ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٤٠٣ - وفى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ .

فبالنسبة للأحكام التى تفصل فيها المحكمة فى الدعوى دون التعرض لموضوعها ، أى دون بحث لدستورية أو عدم دستورية النصوص المطعون فيها ، وذلك إذا اقتصر دور المحكمة على بحث مدى توافر الشروط الشكلية للدعوى ، وانتهى هذا البحث إلى عدم قبولها لانتهاء أحد شروط القبول كشرط الميعاد أو شرط المصلحة ، فإن هذه الأحكام لا تحوز حجية مطلقة ، وإنما تكون حجيتها نسبية لاتمنع المحكمة من النظر فى دستورية ذات النص الذى سبق وأن قضت بعدم قبول الدعوى المطعون فيها عليه ، وذلك إذا توافرت شروط قبول الدعوى الدستورية الجديدة ، واتصلت بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً .

أما الأحكام الصادرة برفض الطعن من حيث الموضوع ، وهو ما يعنى دستورية النص المطعون فيه ، فهى التى أثارت التساؤل حول مدى الحجية التى تتمتع بها وهل هى حجية مطلقة أم أنها فقط حجية نسبية ، وفى هذا الصدد يختلف قضاء المحكمة العليا عن قضاء المحكمة الدستورية العليا بالرغم من تماثل النصوص التى تحكم ذات الموضوع ، حيث أن نص المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا كان يقضى مثل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، بالتزام جميع جهات القضاء بالأحكام الصادرة من المحكمة العليا فى الدعاوى الدستورية ، ففى حين رأت المحكمة العليا أن النص يضىف الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فقط ، اتجهت المحكمة الدستورية العليا إلى تقرير هذه الحجية المطلقة إلى كافة الأحكام الدستورية سواء كانت بعدم دستورية النص المطعون فيه أم أنهت إلى رفض الدعوى موضوعاً .

ويتأسس قضاء المحكمة العليا على أن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين ... تستهدف حماية الدستور وصونه وذلك عن طريق

انتهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور ، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة . ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى لا يقتصر على أطراف النزاع فى الدعوى التى قضى فيها فقط وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم . والأمر يختلف بالنسبة إلى حجية الحكم الذى يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذى طعن بعدم دستوريته ، فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى ، ولا وجه للقول بأن المادة ٣١ من قانون الاجراءات ... إذ تنص على نشر منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، فإنها تعنى التزام جهات القضاء بالأحكام الصادرة بالفصل فى دستورية القوانين كافة ، يستوى فى ذلك الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى والأحكام الصادرة برفض الطعن ، وتكون لهذه الأحكام جميعها حجية على الكافة ، ذلك أن المادة ٣١ المشار إليها ... إنما تعنى بحكمها الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التشريعية فحسب ، إذ أن النص على التزام جميع جهات القضاء بهذه الأحكام مرده إلى الأثر الذى يترتب على صدورها ، ويتمثل فى انتهاء قوة نفاذ النص التشريعى واكتساب الحكم حجية على الكافة نتيجة لانتهاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته . وأما الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه ، ولا يكون لهذه الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها على ما تقدم ، لذلك تنتفى الحكمة والعللة من

التزام جميع جهات القضاء بها ، ومن ثم لا يعدو نشر الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية برفض الطعن فى نص تشريعى فى الجريدة الرسمية أن يكون اعلاناً لمنهج المحكمة فى رقابة دستورية القوانين والتعريف بهذا القضاء والتبصير به كى يستهدى به عند اثاره الطعون بعدم الدستورية أمام جهات القضاء ، ولا يترتب عليه أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء .

يؤيد هذا النظر أنه من المسلم فى دعوى الغاء القرارات الادارية ، وهى دعوى عينية تهدف إلى الغاء القرارات الادارية واعداد آثارها فهى مماثلة فى طبيعتها للدعوى الدستورية ، أن الحجية على الكافة مقصورة على الأحكام التى تصدر فى هذه الدعوى بالالفاء وذلك نتيجة لاعداد القرار الادارى فى دعوى هى فى حقيقتها اختصاص له فى ذاته ، أما الأحكام الصادرة برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، وعلى هذا تنص صراحة المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة " (١٦) .

أما المحكمة الدستورية العليا فإنها اتخذت موقفا عكسيا من قضاء المحكمة العليا حيث رأت أن للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥ و ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار إليه ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هى رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم

(١٦) حكمها فى ١٩٧٦/١٢/١١ دعوى رقم ٨ لسنة ٣ ق ، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا سالفه الإشارة - ص ١٢١ و ١٢٢ .

دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، وإلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان (١٧) .

ويؤيد الفقه اتجاهه المحكمة الدستورية العليا منتقدا موقف المحكمة العليا السابق من قياس الدعوى الدستورية على دعوى الالغاء للقرار الإداري ، إذ بالرغم من انتمائهما إلى القضاء العيني إلا أن الفروق تظل قائمة بينهما ، فالقاضي الدستوري خلافاً لقاضي الالغاء لا يتقيد بالأسباب التي يبيدها المدعى في دعواه ، إذ له أن يستظهر أسباباً أخرى غير التي أبداها ، ويبسط رقابته كاملة في هذا الشأن ، أما قاضي الالغاء فإنه لا يتعرض لغير الأسباب الواردة في الدعوى ما لم تكن متعلقة بالنظام العام ، وعلى ذلك فإن مدى حكم المحكمة الدستورية برفض الدعوى موضوعاً ، أنها قد بسطت رقابتها على أسباب عدم الدستورية سواء ما ورد منها في صحيفة الدعوى أو ما أثارته المحكمة من تلقاء نفسها من هذه الأسباب ، مما يبرر أن تكون أحكامها برفض الدعوى الدستورية حائزة بدورها الحجية المطلقة ، أسوة بالأحكام الصادرة بعدم دستورية النص المطعون فيه (١٨) .

وفي تقديرنا أن الحجة الحاسمة في تأييد موقف المحكمة الدستورية العليا ، تتمثل فيما أشارت إليه المحكمة ذاتها من موقف المشرع من هذه المسألة ، فكما سبق وأوضحنا أن الأصل في الأحكام أنها ذات حجية نسبية ، ومن ثم لا تكون لها حجية مطلقة إلا

(١٧) راجع على سبيل المثال أحكام المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٤/١٢/١ دعوى رقم ٦٥ لسنة ٥ ق المجموعة الجزء الثالث ص ٩٦ - وفي ١٩٨٥/١/٥ دعوى رقم ٧٤ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٠٨ - وفي ١٩٨٥/١١/١٦ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢٤٥ - وفي ١٩٨٥/١٢/٢١ قضية رقم ٤٧ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ٢٧٤ .
(١٨) الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : المرجع السابق - ص ٦٠٨ .
الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٤٦٥ .
الدكتور محمد عبد اللطيف : المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

استثناء وينص صريح ، وفى حدود هذا النص ، وقد رأى المشرع بصدد الدعوى الدستورية أن تكون الحجية المطلقة للأحكام الصادرة "بالفصل فى دستورية القوانين" ، ولم يقصرها على الأحكام الصادرة "بعدم دستورية القوانين" وهو النهج الذى اتبعه المشرع بصدد دعاوى الالغاء ، حيث قرر فى المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة الحالى أن "الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة" ولم يوسع من هذه الحجية المطلقة بالقول مثلا "الأحكام الصادرة فى دعاوى الالغاء" وعليه فإن قياس دعوى الدستورية على دعوى الالغاء على نحو ما قضت به المحكمة العليا هو قياس غير صحيح ، إذ العبرة دوماً فى اطار الاستثناء من القواعد العامة هو بموقف المشرع ذاته ، وفى مسائلنا هذه كان المشرع واضحاً تماماً فى المغايرة بين آثار الأحكام فى دعاوى الالغاء وآثار الأحكام فى الدعوى الدستورية ، ومن ثم تعين الالتزام بمقتضى هذه النصوص التشريعية .

ثالثاً : الحجية لمنطوق الحكم وأسبابه :

الأصل لدى شراح قانون المرافعات (١٩) أن العبرة فى الأحكام القضائية بمنطوق الحكم لا بأسبابه ، لأن القاضى فى المنطوق يعبر عما حكم به من الفاظ صريحة واضحة ، أما أسباب الحكم فالمقصود منها أساساً بيان الحجج التى اقنعت القاضى بما قضى به وجعلته يسلك فى فهم الدعوى السبيل الذى ارتاح إليه ، فهى تشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التى بنى عليها الحكم .

ولكن قد يحدث أن تحتوى أسباب الحكم على قضاء يكمل ما ورد بالمنطوق ويرتبط معه ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن فصل القضاءين ، ومن ثم تكتسب هذه الأسباب المكمل والمترتبة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً حجية الشيء المحكوم به ، أما الأسباب الأخرى التى يبنى

(١٩) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الخامسة ١٩٨٥ - ص ٣٥٢ وما بعدها .

عليها القاضى حكمه ويبرر بها منطوق الحكم فلا تكتسب هذه الحجية.

وكثيرا ما لا يشمل منطوق الحكم إلا جزء من قضاؤه ، ويوجد الجزء الآخر فى الأسباب ويحصل ذلك فى الغالب حين يقتضى الحكم فى الدعوى الفصل فى مسألتين على التوالى ويكون الفصل فى المسألة الثانية نتيجة ضرورية للفصل فى المسألة الأولى ، فليجأ القاضى إلى مناقشة المسألة الأولى فى الأسباب وبضمن الثانية وحدها المنطوق . كما قد تويد المحكمة فى أسباب حكمها بعض ما تقتضى به لاعتبارات تتصل بأسلوبها الخاص فى تحرير الأحكام ، لذلك كثيرا ما يعتبر القضاء الوارد بأسباب حكم قضاء قطعي موضوعيا - ويجرى قضاء المحاكم فى مصر بأن أجزاء الحكم يكمل بعضها بعضا ، وبأن أسباب الحكم تكون فى كثير من الحالات جزء لا يتجزأ من المنطوق ، ويكون لها مثله حجية الشيء المحكوم به ، كما أن محكمة النقض تقتضى على وجه العموم بأن الحجية تكون لما فصل فيه صراحة أو ضمنا فى المنطوق أو الأسباب التى لا يقوم المنطوق بدونها أو المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا .

ويؤكد مجلس الدولة فى مصر من ناحيته على أن قوة الشيء المحكوم به لا تكون فى الأصل إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه فلا يلزم الخصم المحكوم عليه إلا بتنفيذ هذا المنطوق ، ولا يحتج عليه إلا به ، غير أنه يجوز استثناء أن تلحق هذه القوة ما يكون من أسباب الحكم مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمنطوق ، بحيث يشتمل على قضاء متمم له ، فاصل فى أمور كان لابد له من الفصل فيها . وإذا يشتمل المنطوق على قضاء المحكمة الحاسم لما كان بين الخصوم من خلاف ، فإن ما يرد فى حكم المحكمة ولو فى منطوقه من قرارات لم تكن محل خلاف بين الخصوم ولم يكن أمرها معروضا على المحكمة للفصل فيه ، لا يحوز حجية ومع ذلك فإن من الأسباب ما يحوز حجية

إذا ارتبط ارتباطا وثيقا بمنطوق الحكم ودخل فى بنائه وتأسيسه بحيث يكون لازما للنتيجة التى انتهى إليها الحكم وضمنها منطوقه وبحيث لا يمكن قيام المنطوق أو تحديده أو فهمه إذا فصل عن الأسباب ، كما تحوز حجية الأسباب التى اشتملت على قضاء (٢٠).

وقد أثار حكم المحكمة الدستورية العليا - محل هذا البحث - ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه التساؤل عما إذا كان هذا البطلان الوارد ضمن حيثيات الحكم وأسبابه يحوز حجية الحكم المقضى أم لا ، حيث أشارت بعض التعليقات فى الصحف اليومية إلى أن المحكمة بتقريرها بطلان تشكيل المجلس تكون قد تجاوزت حدود اختصاصها ، فضلا عن القول بأن هذا الجزء من الحكم لا تكون له - على أية حال - حجية بمقولة أن الحجية تثبت للمنطوق دون الأسباب .

وقد تصدى الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا بالرد على ذلك بما يلى (٢١) :

١ - إن الحجية تثبت للمنطوق كما تثبت للأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا بإعتبارها أساسا ضروريا له أو لكونها مكملة أو مفسرة له .

(٢٠) راجع فى ذلك فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة فى ١٩٥١/١١/١ رقم ٥٨٠ - والفتوى رقم ٣٤٥ فى ١٩٧٠/٣/٢٣ - وحكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٧/٤/١٦ قضية ١٥٧٧ لسنة ٧ ق - وجميعها منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة سالفه الإشارة - الجزء ١٤ أرقام ٣٣٠ و ٣٣١ و ٣٣٢ ص ٤٦٥ وما بعدها .
(٢١) المقالة سالفه الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٤ .

ولا يمارى أحد فى أن بطلان تشكيل المجلس هو النتيجة الحتمية لبطلان طريقة الانتخاب التى تضمنتها المادة الخامسة مكررا من قانونه والتى أجريت انتخاباته على أساسها ، ومن ثم تثبت الحجية لما ورد فى الأسباب فى هذا الشأن لارتباطه بالمنطوق ارتباطا وثيقا .

وكما لاحظ البعض - بحق - فإن من الحقائق الحاسمة فى تقييم الحكم والتى لا يلتفت إليها البعض أن للمحكمة الدستورية وظيفة متميزة هى " حماية الشرعية الدستورية " ، ولذلك فصيافة أحكام المحكمة وفهمنا لها لا بد أن ينبع من هذه الوظيفة . ومن هنا فلا يقال مثلا إن حجية الحكم تقتصر على المنطوق دون الأسباب ، ويكون للمحكمة لذلك أن تقوم بتحديد الأبعاد الموضوعية لقضائها بعدم الدستورية .

٢ - إن الأمر يتعلق بتحديد نطاق الحكم ، أى ما تم الفصل فيه . ومن المسلم فقها وقضاء أن نطاق الحكم لا يقتصر على ما ورد فى المنطوق ، إذ يحدث كثيرا إلا يتضمن منطوق الحكم سوى جزء مما قرره القاضى ويرد الجزء الآخر فى الأسباب فيكون جزءا من قضاء الحكم . ومن الواضح بجلاء أن حكم المحكمة الدستورية العليا محل البحث قد تضمن فى أسبابه قضاء فى مسألة تشكيل مجلس الشعب المنتخب بناء على النص المحكوم بعدم دستوريته ، وهو قضاء ببطلان تشكيل المجلس المذكور ، وأحكام هذه المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ، وهى أحكام نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن .. ومن ثم فإنه لا يسوغ قانونا مناقشة ما قرره الحكم من أثر لعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب على تشكيل المجلس وإلا لجاز القول كذلك بعدم حجية ما قرره الحكم - فى أسبابه أيضا - من استمرار نفاذ ما اتخذته المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات قبل نشر الحكم بعدم الدستورية

، بل إن حكم تشكيل المجلس ، من الصحة أو البطلان ، إنما يتصل اتصالاً مباشراً بمدى سلامة النظام الانتخابى ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً ، ومن ثم فإن القضاء ببطلان تشكيل مجلس الشعب يكون أكثر ارتباطاً بمنطوق الحكم (بعدم دستورية نظام الانتخاب) من مسألة صحة أو عدم صحة ما سبق أن أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات ، حيث لا يتحدد حكم هذه الأعمال إلا عن طريق تحديد أثر بطلان تشكيل مجلس الشعب على أعماله قبل الحكم .

٣ - إن المحكمة الدستورية العليا تختص دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (م ٢٥ من قانون المحكمة) - ويجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تتصدى وأن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها - (م ٢٧) والمحكمة تفصل من تلقاء نفسها فى جميع المسائل الفرعية (م ٤٧) وهى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها (م ٥٠) وهى تختص - على خلاف المحاكم الأخرى بتفسير القوانين والقرارات بقوانين تفسيراً ملزماً (م ٢٦) وأحكام المحكمة وقراراتها بالتفسير نهائية وغير قابلة للطعن ، وملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة (م ٤٨ ، و ٤٩) . كما تقبل المحكمة دعوى التفسير الموجهة إلى أحكامها ، استناداً إلى المادة ٥١ من قانونها والمادة ١٩٢ من قانون المرافعات .

وترفض المحكمة دعوى التفسير إذا كانت ذريعة للطعن فى الحكم ، كما ترفضها موضوعاً إذا كان الحكم المطلوب تفسيره قد جاء واضحاً دون أن يعترضه أى غموض يستحق التفسير . ولا جدال فى أن للمحكمة أن تبين قضاءها منذ البداية دون غموض أو إيهام ، وأن توضح ما قصده بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد . وهذا ما فعلته المحكمة فى حكمها محل البحث .

ولا يسعنا في هذا المقام سوى تأييد هذا الاتجاه الفقهي مع
إضافة الملاحظات الآتية :

١ - أن نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا
الحالي واضح في استلزامه نشر " أحكام " المحكمة في الدعاوى
الدستورية بالجريدة الرسمية باعتبارها أحكاماً ملزمة لجميع سلطات
الدولة وللکافة ، في حين أن نص المادة ٣١ من قانون الإجراءات
والرسوم أمام المحكمة العليا - التي انتهت بقيام المحكمة
الدستورية العليا - كان يقضى بأن تنشر في الجريدة الرسمية "
منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية
القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء " ، وعليه
فيذا كان من المقبول الجدل حول مدى حجية الأسباب في ظل هذا
القانون الأخير ، إلا أن الأمر لا يكون كذلك في ظل القانون الحالي
الذي استلزم نشر الحكم بالكامل وليس فقط منطوقه ، ومن ثم تكون
لمنطوق الحكم وأسبابه قوة الزامية واحدة على كافة من بالدولة من
أفراد أو سلطات عامة أو مؤسسات خاصة .

٢ - أنه ليس من سند قانوني يؤيد القول بأن الحجية في
الدعاوى الدستورية تقتصر على منطوق الحكم دون أسبابه ، علاوة
على مخالفة هذا القول للقواعد العامة ، في حين أن المادة ٤٩ المشار
إليها تمثل سندا للرأى الذى تؤيده بتمتع أسباب الحكم في هذه
الدعاوى بالحجية ، حيث أن هذه المادة - وكذلك المادة ٣١ من قانون
الإجراءات سالفه الذكر - نصت على أن هذه " الأحكام " ملزمة دون أن
تفرق بين منطوق الحكم وأسبابه وذلك بالإضافة إلى اتفاق هذا
الاتجاه مع القواعد العامة السابق عرضها .

٣ - أن منطوق الحكم فى جوهره هو خلاصة للحكم وليس مجمله ، وقد ترتبط حجية الشيء المقضى به بالمنطوق الذى يقتصر على تحديد موقف المحكمة من طلبات الطاعن وحدها ، أما أسباب الحكم فهى الأساس للمنطوق الذى لا يقوم دونه ، تماما مثل القاعدة القانونية التى تنقسم إلى فرض وحكم ، حيث لا يجوز ترتيب الحكم إلا إذا تحقق الفرض ، فالأحكام القضائية كذلك لا يتصور أن تقتصر على المنطوق دون أساس يتمثل فى الأسباب ، وهذه الأسباب تتمتع بحجية الشيء المقضى فيه إذا اشتملت على قضاء وفقا لما سبق شرحه ، وهو ما يتحقق دون شك بصدد حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذا البحث ، حيث ورد ضمن الأسباب قضاء يرتبط بمنطوق الحكم بغير جدال ، وهو بطلان مجلس الشعب منذ انتخابه .

٤ - بملاحظة أن القضاء المشار إليه يقول أن " مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه " فإنه يمكن اعتبار هذا القضاء بمثابة تحديد للآثار المترتبة على الحكم أو على تنفيذه ، فمن الجلى فى تقديرنا أن بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ليس سببا للحكم بالمعنى الفنى الدقيق لاصطلاح " الأسباب " ، وإنما هو على العكس من ذلك - نتيجة لعدم دستورية النصوص القانونية التى تم انتخابه وفقا لها ، فلفظ " مؤدى هذا الحكم " يعنى ما يؤدى إليه صدور هذا الحكم أو بالأحرى تنفيذه ، كما أن لفظ " ولازمه " يفيد ارتباط هذه النتيجة ارتباطا وثيقا حتميا بمنطوق الحكم وتنفيذه ، وبالقسط لا تثريب على المحكمة أن هى قدرت أن الحكم بعدم دستورية نصوص قانون الانتخاب الذى تم تكوين مجلس الشعب وفقا لها قد يفتح بابا للتأويل هنا وهناك ، فعمدت المحكمة إلى تحديد النتائج القانونية لقضاها بعدم دستورية هذه النصوص ، بدلا من التريث إلى حين تنفيذ الحكم وتريص قيام بعض المنازعات المتعلقة بهذا التنفيذ ، أو ترقب رفع دعاوى التفسير لهذا الحكم ، فأثرت أن تبين منذ البداية

مقتضى حكمها ومؤداه ، حتى لا يكون هناك غموض أو إبهام أو لبس حول نتائجها .

المطلب الرابع تنفيذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية

تنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن " ، وعليه فإنه بصدر حكم هذه المحكمة يخرج النزاع من ولاية المحكمة التى تستنفذ بذلك ولايتها الأصلية التى تتعلق بالطلبات المقدمة فى الدعوى ، ولايتها التبعية المتصلة بالفصل فى المسائل التى تتبع ما تقضى به بمقتضى سلطتها الأصلية ، وذلك كقاعدة عامة يجوز للمشرع أن ينص على خلافها .

وقد جرت المحكمة الدستورية على الاحتفاظ بولاية تكميلية بصدد ما تصدره من أحكام قضائية ، وبمقتضاها يعاد عرض الحكم عليها وذلك فى حالات طلب تفسير الأحكام الصادرة عنها ، أو تصحيح الأخطاء المادية فيها ، أو للفصل فى دعوى البطلان ضدها ، أو إذا اغفلت المحكمة الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية .

إضافة لذلك تنص المادة ٥٠ من هذا القانون على أن " تفصل المحكمة دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها . وتسرى على هذه المنازعات الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها . ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تامر المحكمة بذلك حتى الفصل فى المنازعة " .

ومن الملاحظ بصدد تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذه الدراسة ، أنه لم تشر أية مشكلة حقيقية من الناحية القانونية بخصوص تنفيذ متطوق الحكم ، حيث سلم الجميع بسقوط نص المادة خامساً مكرراً من قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ٨٦ ، وبالتالي سقوط النظام الانتخابي القائم على هذا النص ، وضرورة استبدال قانون مجلس الشعب أو نصوصه المتصلة بكيفية تكوينه بنظام آخر لانتخاب هذا المجلس يتوافق مع نصوص الدستور.

وعلى العكس من ذلك احتدم الخلاف بصدد مسألة تنفيذ الحكم ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، حيث ثار الجدل واسع النطاق بين رجال القانون المتخصصين ورجال السياسة الهواه منهم والمحترفين حول طبيعة هذه البطلان ومدى حجتيه وكيفية تنفيذه . ويعيداً عن الجدل السياسي حول هذه المسألة ، فقد انقسم الرأي القانوني بين رجال القانون ممن يعترفون بسلامة هذا الحكم بالبطلان إلى اتجاهاين :

الاتجاه الأول : ذهب جانب من الفقه إلى أن الحكم ببطلان مجلس الشعب بأثر رجعي منذ انتخابه قد خلق حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة ١٣٦ من الدستور ، التي تقضى بأنه " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ، ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وأجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً . فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به " .

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من قانون مجلس الشعب وما ترتب عليه من آثار خلق هذه الضرورة ، إذ أصبح من المتعذر مستقبلاً أن

يصدر المجلس قوانين تكون قابلة للتطبيق أمام أية جهة من جهات القضاء أو تكون قابلة للتنفيذ مع احتفاظ القرارات التنفيذية بصفة المشروعية .

ويشير هذا الاتجاه إلى أن هذا الحكم - أى الحكم ببطلان تكوين المجلس - يعد سابقة قضائية أولى إذ أنه لم يتعرض لقانون وإنما تعرض فى واقع الأمر لكيان المجلس كله وشرعية وجوده ، ومن ثم شرعية تصرفاته . وحيث أن الحكم لا يرتب أثر حل المجلس ، وهو ما لم يتقرر فى الدستور اطلاقاً وإنما جعل هذا الحق لرئيس الجمهورية وحده ، فكان لابد من تدخل رئيس الجمهورية لمواجهة حالة الضرورة الناشئة وإصدار قراره بالاستفتاء وحل المجلس وفقاً لقواعد الدستور . (٢٢)

الاتجاه الثانى : تتجه غالبية الفقه الذى يقر بحكم بطلان مجلس الشعب وحجته وقوته الملزمة إلى أن تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا لا يستلزم سوى أن يساند رئيس الجمهورية بإعلان أن مجلس الشعب لم يعد قائماً ، وأن وجوده القانونى قد انتهى بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا فى الجريدة الرسمية .

ويرفض هذا الاتجاه ما ذهب إليه الاتجاه الأول من ضرورة تطبيق المادة ١٣٦ من الدستور ، وحل مجلس الشعب بعد الاستفتاء عليه ، لأن الآثار المترتبة على تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تشكيل مجلس الشعب ، تختلف اختلافاً جديداً عن حالة " حل مجلس الشعب " فإذا كانت المادة ١٣٦ من الدستور قد استحدثت ضمانات لا مقابل لها فى جميع دساتير مصر السابقة ، وهى عدم جواز حل مجلس الشعب إلا بعد استفتاء ، فلن المادة ١٣٦ تفترض حل

(٢٢) راجع فى عرض هذا الاتجاه الدكتور عزيزة الشريف : المرجع السابق ، ص ١١٩ و ١٢٠ .

مجلس شكل تشكيلا سليما ومطابقا للدستور . والأعمال التحضيرية للدستور تقطع بان الاستفتاء قد اشترط كضابط وموازن لحق الحكومة فى حل مجلس الشعب ، لأن التجارب السابقة تقطع - بما لا يدع مجالا للشك - بان المجالس النيابية فى مصر ، منذ دستور سنة ١٩٢٣ كانت ضحية لإساءة استعمال حق الحل من قبل الحكومة ، فتقررت ضمانات الاستفتاء لإقامة نوع التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . أما الحالة التى نحن بصدها ، فهى مختلفة تماما ، لأنها تتعلق ببطلان تشكيل المجلس فى ذاته ، ولا يستطيع الاستفتاء الشعبى - بغير الأسلوب المقرر فى الدستور - أن يصحح هذا البطلان . لأن الأصل المقرر - والذى لا خلاف عليه - أن على الشعب وجميع سلطات الدولة أن تحترم الدستور ، وإذا أرادت أن تخرج عليه ، فعليها أن تعدله أولا ، أو تلغيه وتصدر دستورا جديدا ، ولكنها لا تستطيع أن تخرج عليه ما دام قائما ومنفذا ، ولهذا فإن أى إجراء يتخذه رئيس الجمهورية تنفيذا لحكم المحكمة الدستورية العليا لا يتطلب إجراء استفتاء (٢٣) .

من ناحية أخرى ، يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا انتهاء وجود المجلس اعتبارا من ٤ يونيو ١٩٩٠ أى اليوم التالى لنشر الحكم ، دون حاجة إلى صدور أى قرار بالحل أو استفتاء عليه . ذلك أن الحل إنما يرد على مجلس قائم ولا يرد على معدوم . فالحل غير البطلان . ومن ثم فإنه يكفى إصدار قرار - كإجراء تنفيذى - بإعلان بطلان أو انتهاء وجود المجلس استنادا إلى حكم المحكمة الدستورية العليا وإلى نصوص قانونها (م ٤٩) التى تقضى بحجية أحكامها وإلزامها لجميع السلطات فى الدولة ولكافة ، وليس استنادا إلى نص المادة ١٣٦ من الدستور التى تجعل لرئيس الجمهورية ، إذا رأى حل المجلس ، أن يلجأ إلى الاستفتاء على الحل .

(٢٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى : التعليق سالف الإشارة - ص ٢٤٠ .

ومن الواضح أن الحالة الماثلة لا تدخل فى نطاق تطبيق هذا النص
(٢٤) .

وفى تقديرنا أن الاتجاه الثانى جدير بالتأييد خاصة وأن من شأن اتباع الاتجاه الأول عرض أمر " حل " مجلس الشعب على الاستفتاء الشعبى ، وهو فى حقيقة الأمر استفتاء على " بطلان " المجلس أو " عدم بطلانه " ، وهذا هو الانسداد بعينه ، إذ مقتضى الاستفتاء استطلاع رأى الشعب بصدد اتجاهين مثلا ، ويتعين فيهما أن يكونا على قدم المساواة من حيث المشروعية وكذلك الملاءمة ، أما أن يجرى الاستفتاء على أمرين أحدهما مشروع والآخر غير مشروع ، فهو ما لا يستسيغه العقل أو المنطق القانونى الصحيح .

والواقع أنه يتعين التسليم بأن حكم المحكمة الدستورية العليا وقد صدر معبرا عن الحقيقة القانونية بما لها من حجية ، فإن بطلان تكوين مجلس الشعب قد بات أمر نهائى قاطع لا مجال للاجتهاد بشأنه ، ومن ثم فإن أية قرارات تصدر بشأنه مثل فض دورته التشريعية أو وقف جلساته أو حله إنما تكون قرارات واردة على معدوم حقا ، ولا معنى لها ولا أثر قانونى يترتب عليها ، فمنذ تاريخ نشر الحكم لم تعد هناك سلطة تشريعية - أى مجلس الشعب - قائمة ، إذ من العبث الاعتراف بوجود سلطة بلا اختصاصات ، حيث لا خلاف على بطلان أى تصرف يصدر عن المجلس اعتبارا من تاريخ نشر الحكم ، وبالتالي فهى سلطة معدومة ، ولا يجوز التعامل معها على أساس وجودها ، والاتجاه إلى نصوص الدستور التى تفترض الوجود القانونى الصحيح لمجلس الشعب مثل المادة ١٣٦ سالف الإشارة أو المادة ١٢٧ التى تعتبر المجلس " منحلا " بقوة الدستور فى حالة

(٢٤) الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : المقالة سالف الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٥ .

النزاع بين المجلس والحكومة وتأييد الشعب من خلال استفتاء شعبي أيضا لموقف الحكومة .

وعلى ذلك يتعين في تقديرنا أن يعلن رئيس الدولة استنادا إلى المادة ٧٣ من الدستور ، التي تلزمه بمراعاة الحدود بين السلطات العامة ، أي بوصفه حكما بينها ، عن بطلان مجلس الشعب نزولا على حكم المحكمة الدستورية العليا ومقتضاه ، وعلى ما قرره المادة ٧٢ من الدستور التي تنص على أن " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب " ، باعتباره مختصا ومسئولا عن تنفيذ هذا الحكم .

غير أن رئيس الجمهورية فضل - فيما يبدو - اتباع الاتجاه الأول ، فأصدر قراره بفض دوة انعقاد مجلس الشعب اعتبارا من يوم ٩ يونيو ١٩٩٠ ، التزاما بنص المادة ١٠١ من الدستور التي تستلزم استمرار دوة الانعقاد العادية لمدة سبعة أشهر على الأقل .

وفي ٢٦ سبتمبر ١٩٩٠ أصدر الرئيس قرارا بإيقاف جلسات مجلس الشعب اعتبارا من هذا اليوم ، وقرارا بدعوى الناخبين المقيدة اسمائهم في جداول الانتخاب يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ للاستفتاء على حل المجلس (٢٥) .

(٢٥) أعلن رئيس الجمهورية عن هذه القرارات في بيان وجهته إلى الشعب في هذا التاريخ قال فيه أنه " في ١٩ مايو من هذا العام ، أصدرت المحكمة الدستورية العليا ، حكما بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا ، من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ، في شأن مجلس الشعب ، فيما تضمنته من أن يكون لكل دائرة عضو واحد ، يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة ، عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية .

وتنفيذا لهذا الحكم ، واختيارا لما بين نظم الانتخابات المختلفة التي طبقتها ، وما أسفرت عنه التجارب ، رعى المودة إلى نظام الانتخاب الفردي الذي عايشته حياتنا النيابية وأعتادت عليه أمدا طويلا . وتحقيقا لذلك ، ساصدر قرارات بقوانين بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الشعب . وبتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء هذا المجلس ، وبتعديل بعض أحكام قانون مباشرة الحقوق السياسية . وتتضمن هذه

وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتدلى بحكمها بصدد كيفية تنفيذ حكمها ببطلان تكوين مجلس الشعب عندما طعن أحد المحامين في قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب ، من خلال منازعة تنفيذ رفعها أمام المحكمة ، طالبا الحكم بتحديد آثار ونتائج الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية عليا في ١٩ مايو ١٩٩٠ ، والاستمرار في تنفيذ وعدم الاعتذار بقرار دعوة الناخبين المشار إليه لعدم دستوريته ، وباعتباره عقبة مادية في سبيل تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه . ، بالمخالفة لحكم المادة ٧٢ من الدستور التي تنص على أن " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ، ويكون الامتناع عن تنفيذها من جانب الموظفين العموميين

القرارات ، إلغاء النص القانوني الذي قضى حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته ، والأخذ بنظام الانتخاب الفردي في اختيار أعضاء مجلس الشعب بالضوابط التي قررها الدستور . وأزاء هذا الموقف بإبعاده الدستورية ، ومواءمته السياسية ، وجدت من الضروري أن يمدد تكوين مجلس الشعب ، وفقا لهذه الرؤية الجديدة . ولما كان الدستور هو المرجع في تنظيم سلطات الدولة ، وكانت أحكامه وحدها هي التي ترمم حدود تلك السلطات بما يكفل التوازن بينها ، لتؤدي دورها في العمل الوطني ، فإنه التزاما بأحكامه ، ووفاء بالقسم الذي أقسمته على احترامه ، وإعلاء لسيادة القانون ، وهي سيادة لا ينبغي أن تفرط شاهدا من نصوصه ، واحتراما لأحكام القضاء التي نعرف لها مكانتها ، فلا نسمح بالالتفاف حولها أو التقول عليها بما لم تنطق به ، لذلك كله قررت الرجوع إلى الشعب صاحب السيادة وحده وهو مصدر السلطات ، لاستفتائه على حل مجلس الشعب ، وأصدرت قرارى بإيقاف جلساته اعتبارا من اليوم ، ودعوة الناخبين المقيدين اسمائهم في جداول الانتخاب يوم ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٠ ، للاستفتاء على حل المجلس .

ونحن إذ نعلن ذلك حتى نتيج لجمامير شعبنا فرصة المعرفة الصادقة بموضوع الاستفتاء الذي يدعون لأبداء الرأي فيه ، فإننا لنؤكد ، أن الخيارات الدستورية يجب أن يكون الدستور هو قبلتها ، ونصوصه هي معيبتها ، وأن الشعب وحده هو مصدر كل السلطات ، وليس من بعد كلمته كلمة .

المختصين جريمة يعاقب عليها القانون .. " ، وبالمخالفة كذلك لمبدأ الفصل بين السلطات ، فضلا عن عدم توافر شروط الاستفتاء وحالاته المنصوص عليها فى الدستور .

بيد أن المحكمة - للأسف الشديد - أهدرت هذه الفرصة ، وقبلت دفع هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن قرار رئيس الجمهورية بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب يعد من أعمال السيادة التى تنأى عن رقابة القضاء ، بإعتبار أنه يتصل بعلاقة رئيس الجمهورية بالسلطة التشريعية .

فقد قضت المحكمة فى هذه الدعوى بأن "الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد اختصا هذه المحكمة - دون غيرها - بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح واستهدفا بذلك صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه وترسيخ مفهوم الديمقراطية التى أرساها سواء ما اتصل منه بتوكيد السيادة الشعبية - وهى جوهر الديمقراطية - أو بكفالة الحريات والحقوق العامة وهى هدفها أو بالمشاركة فى ممارسة السلطة وهى وسيلةها وذلك على نحو ما جرت به نصوصه ومبادئه التى تمثل دائما القواعد أو الأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدارها يخالفها من التشريعات بإعتبارها أسمى القواعد الأمرة .

وإذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين أو اللوائح تجد أساسا لها - كأصل عام - فى مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذى أرساه الدستور ، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه الفقه والقضاء من استبعاد " أعمال السيادة " من مجال الرقابة القضائية

على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية ، وإذا كانت نظرية " أعمال السيادة " فى أصلها الفرنسى قضائية النشأة إلا أنها فى مصر ذات أساس تشريعى يرجع إلى بداية التنظيم القضائى الحديث الذى أقرها بنصوص صريحة فى صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للسلطة القضائية .

وحيث أن استبعاد " أعمال السيادة " من ولاية القضاء إنما يأتى تحقيقاً للاعتبارات السياسية التى تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها فى الداخل والخارج - النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية وذلك لدواعى الحفاظ على كيان الدولة فى الداخل والخارج عن سيادتها فى الخارج ورعاية مصالحها العليا ، ومن ثم تبدو الحكمة من استبعاد هذه الأعمال من ولاية القضاء متمثلة فى اتصالها بسيادة الدولة فى الداخل والخارج وفى أنها لا تقبل بطبيعتها - على ما سلف بيانه - أن تكون محلاً للتقاضى لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات فى هذا الصدد ، ولأن النظر فيها أو التعقيب عليها يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء وذلك فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً فى ساحات القضاء .

وحيث أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذى يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث تتولى كل من هذه السلطات صلاحياتها التى خلعها عليها الدستور - وفى الحدود التى رسمها - دون اقتشات من إحداها على الأخرى .

وحيث أن إعمال هذا المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات والاستجابة للحكمة والاعتبارات التي اقتضت استبعاد " أعمال السيادة " من ولاية القضاء بوجه عام قد وجدت صدى لها فى القضاء الدستورى فى الدول المتحضرة التى أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح إذ جرى هذا النوع من القضاء فى هذه الدول على استبعاد " الأعمال السياسية " التى تعد بحق المجال الحيوى والطبيعى لنظرية " أعمال السيادة " من اختصاصه ومن نطاق هذه الرقابة القضائية .

وحيث أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من " أعمال السيادة " أم لا - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هى بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التى قد تخلع عليه متى كانت طبيعتها تتنافى مع هذا الوصف .

وحيث أن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين - التى تمثل القاعدة الشعبية - فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم ومن ثم يعتبر من " الأعمال السياسية " التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسئولية السياسية بصدد إجراءاتها بغير معقب من القضاء .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان ما يطلبه المدعى من وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر يتناول مسألة سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها أو الأمر بوقف تنفيذها فى ولاية

هذه المحكمة - على ما سلف بيانه - ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذا الشق من الدعوى " (٢٦) .

وفى الحقيقة لم يكن من المتوقع فى تقديرنا أن تلجأ المحكمة الدستورية العليا إلى أعمال نظرية أعمال السيادة فى هذا الشأن ، وهى التى قضت بجلاء ببطلان تكوين مجلس الشعب ، وعلاوة على رفضنا التام لنظرية أعمال السيادة بالمفهوم غير الصحيح لها (٢٧) ، فإنه يعيب هذا الحكم أن المحكمة قد أخطأت فى تكييف الدعوى ، إذ أنها ليست دعوى أصلية ضد قرار دعوة الناخبين إلى الاستفتاء ، وما كان للمحكمة أن تقبلها أن كانت كذلك لعدم تحريكها وفقاً للقانون ، وإنما هى حقا منازعة تنفيذ تستهدف أن تقول المحكمة كلمتها بصدد تحديد آثار ونتائج حكمها السابق فى ١٩ مايو ١٩٩٠ ، والذي لم يتم تنفيذه وخاصة فيما يتعلق ببطلان المجلس .

كما أنه من ناحية أخرى فإن موضوع هذا الاستفتاء لم يكن كما قالت المحكمة " أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة " ، وإنما كان كما هو واضح للكافة أمر يتصل بأسلوب وطريق رئيس الجمهورية فى تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان مجلس الشعب ، فكان على المحكمة أن توضح هل الطريق الذى اتبعه الرئيس يتفق مع الدستور حقا وقانونا أم لا ؟ فإن وافقت على ذلك الطريق ، كان ذلك تسليما فيها بأن أحكامها لا أثر قانونى لها ولا تتمتع بالحجية أو القوة الإلزامية ، وكل ما تؤولى إليه هو الاسهام فى تكوين واقع معين من شأنه قيام حالة الضرورة أو عدم قيامها بحسب التقدير الشخصى للرئيس ، أما إذا خالفته فكان عليها أن تحدد

(٢٦) حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٠/٩/١٩٩٠ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٢ ق (منازعة تنفيذ) - لم ينشر بعد .
(٢٧) راجع فى ذلك مؤلفنا : الرقابة على أعمال الإدارة - ١٩٨٢ - ص ٣٢٤ وما بعدها .

الطريق الدستوري الصحيح دون الاعتداد بتصرفات أو قرارات الرئيس التي تتعارض مع هذا الطريق . وعلى ذلك فإننا لا نوافق المحكمة على تخلصها من هذه المسؤولية وهي الأمانة عليها بالحكم بعدم اختصاصها ومن ثم عدم النظر في موضوع الدعوى .

ومن جانبه أصدر رئيس الجمهورية استنادا إلى موقف المحكمة الدستورية العليا وإلى نتيجة الاستفتاء على حل مجلس الشعب والتي جاءت بموافقة الأغلبية الكاسحة (٩٤٣٤ ٪ من جملة الأصوات) على الحل ، قراره بحل المجلس اعتبارا من ١٢/١٠/١٩٩٠ ودعوة الناخبين إلى انتخاب مجلس جديد يوم الخميس الموافق ٢٩/١١/١٩٩٠ القادم ، على أن يعقد مجلس الشعب الجديد أولى جلساته يوم الخميس الموافق ١٣/١٢/١٩٩٠ (٢٨) .

(٢٨) قرار رئيس الجمهورية رقم ٤١٥ لسنة ١٩٩٠ في ١٢/١٠/١٩٩٠ .

خاتمة البحث

بصدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعض نصوص قانون مجلس الشعب التى تم انتخابه وفقا لها ، ومن ثم بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه مع استمرار نفاذ قوانينه وقراراته وسريانها ، انتقلت المحكمة الدستورية العليا إلى مرحلة جديدة بارزة فى حياتها ، بعد أن شبت وثبتت أقدامها فى حقل القانون ، وبعد أن واجهت بصبر وإناء محاولات التشكيك فى هويتها ومطالبات الغاء وجودها بدعوى خضوعها للهيمنة السياسية ، حيث أثبتت المحكمة بقضائها الحصيف أنها القلعة الرئيسة للدفاع عن الدستور والدستورية ، وما يعنيه ذلك من الذود عن الحقوق والحريات العامة للأفراد .

وإذا كان المشرع الدستورى قد حرص بدوره على ضمان انشاء هذه المحكمة بهدف الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، فإن المحكمة تولت مهامها فى سبيل تحقيق هذا الهدف الأعلى ، وهى تعلم بذلك أن من شأن أداء هذه الوظيفة على وجهها الأكمل الاصطدام بالسلطتين التشريعية والتنفيذية ، خاصة إذا كانتا متوافقتان سياسيا وهو الحادث بوضوح فى الحياة السياسية والحزبية المصرية على امتداد الأربعين سنة الماضية تقريبا .

وبالرغم من اعتقادنا الجازم بأن المحكمة فى ممارستها لهذه المهمة إنما تبأشر وظيفة قانونية هى الرقابة على الدستورية ، إلا أننا لا ننفى ما لهذه الرقابة من اصداء واسعة فى عالم السياسة ، ومع ذلك لا يصح القول بأن للمحكمة الدستورية دور سياسى أو أن رقابتها هى رقابة سياسية أو قانونية وسياسية فى آن واحد ، وإنما الصحيح أنها رقابة قانونية فنية ذات آثار سياسية وقانونية فى آن واحد .

ويحضرنا في هذا المقام تحليل أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا (٢٩) لطبيعة الرقابة القضائية التي تتولاها المحكمة بأن القصد منها كفالة سيادة والسمو لأحكام الدستور " بإعطاء القيود التي يفرضها الدستور ، وخصائص الحقوق المنصوص عليها فيه ، مفاهيم موحدة تستمد أسسها من مقاصد الدستور وأهدافه وتتحدد ضوابطها في إطار القيم الاجتماعية والاقتصادية والخلقية التي يتخاها ، ولتجمل من الصدارة التي يحتلها الدستور حقيقة واقعية ، لا مجرد حقيقة قانونية ، ليفرض الدستور دائما قواعد الآمرة على كل سلطة .

وإذ تباشر المحكمة رقابتها القضائية على ضوء أحكام الدستور ، فإن استخلاصها للقواعد الدستورية التي تفرغها في أحكامها ، لا يتأتى بانتزاع هذه القواعد من واقعها ، ولا بعزلها عن الظروف المحيطة بها ، ولا بإغفال دورها الواعي في اتجاه تثبيت دعائم الحق والعدالة الاجتماعية .

وربما كان من أدق المهام التي تنهض عليها هذه المحكمة وأكثرها خطرا ، تلك الموازنة التي ينبغى أن تتمثلها دائما ، وتجريها بين ما يتطلبه تحقيق الاستقرار للقواعد التي يقوم عليها الدستور من ناحية ، وضرورة تطويع هذه القواعد لمجابهة التطور من ناحية أخرى .

كذلك فإنه حين تحدد المحكمة نطاق الحقوق والقيود الدستورية وأهدافها ، فإنها تباشر مهمتها هذه على ضوء نظرة كلية لأحكام الدستور جميعها ، كي تستخلص منها مفهوما متجانسا يجعل هذه الأحكام نسيجاً مترابطاً لا تتأفر بين أجزائه .

(٢٩) المستشار محمد علي بليغ في تقديمه لمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الثالث - ص ٣ : ٥ .

ومن هذا المنطلق جاء حكم المحكمة المشار إليه متضمنا بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه مع بقاء قوانينه وقراراته نافذة على أساس أن المحكمة قد وجدت أن هناك ضرورة قصوى للتدخل في هذه المسألة ، والا تعرضت الحياة الدستورية والقانونية لانهايار حقيقى ، ومن ثم فإن هذا الحكم جاء ليمنع انهيار هذه الحياة وليس للمساعدة على ذلك كما قدر البعض ، والمحكمة في ذلك كانت تباشر وظيفتها المخولة لها دستوريا ، إذ من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا تقدم آراء استشارية أو نصائح أو تفصل فيما لا اثر لها أو غير منتج عملا ، وإنما تصدر أحكاما قضائية تهدف إلى تكريس الشرعية الدستورية في مختلف مجالاتها ، وتحمى دعائم النظام السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدولة ، وتكفل تطبيق ونفاذ الأصول الدستورية والقيم والمثل التى تضمنها الدستور ، تأميناً لحقوق المواطنين وحرياتهم .

وإذا كانت المحكمة قد تجنبت تأسيس ما قضت به من بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه مع بقاء قوانينه وقراراته نافذة ، فهذا النهج ليس بالغريب ، وهو ما تتبعه جهات القضاء المختلفة في فرنسا على وجه الخصوص ، تحسباً لتلافى التقيد سلفاً بضوابط قد لا تتفق مستقبلاً مع الظروف المستجدة ، وبالتالي تترك هذه المهمة للفقه باعتبارها مسألة علمية قانونية بحثية ، وتكتفى المحكمة بتحديد الجوانب العملية القضائية في أحكامها .

ومن هنا كان اهتمامنا في هذا البحث بدراسة الأساس القانونى لقضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه . وقد آثرنا أن نبداً أولاً بتأسيس قضاء هذه المحكمة باستمرار نفاذ قوانين وقرارات مجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه منذ انتخابه حيث تخلت المحكمة تماماً عن الإشارة لى سند أو أساس قانونى لهذا القضاء ، فبدأننا

بالتمهيد ببحث دور القاضى الدستورى فى الكشف عن المبادئ القانونية العامة الملزمة له وللמשرع وللسلطات العامة عموما وذلك فى دراسة مقارنة موجزة بما يتفق مع موضوع هذا البحث واطاره ، فعرضنا أولا لمداول هذه المبادئ ثم دور القاضى الدستورى فى الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر بصدد الكشف عنها والالتزام بها ، ثم انتقلنا بعد ذلك إلى دراسة نظرية المراكز الفعلية فى القانون الدستورى ، لنصل إلى أن حالة مجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه منذ انتخابه يمكن تكييفها بأنه أحد المراكز الفعلية وهى البرلمان الفعلى وذلك فى اطار القانون الدستورى ، وأن الأساس القانونى الذى يبرر نفاذ تصرفات هذا المركز الفعلى وغيره من المراكز الفعلية فى القانون الدستورى إنما يتمثل فى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد بوصفه أحد المبادئ القانونية العامة فى القانون الدستورى والتى يتعين على القاضى الدستورى الالتزام بها ، وتطبيق هذا المبدأ حتى بصدد الحالات التى لم يشر إليها المشرع الدستورى ذاته .

أما عن القضاء ببطلان تكوين مجلس الشعب ، فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا فى اطار تأسيس هذا القضاء إلى الآثار المترتبة على أحكامها بوصفها كاشفة وليست منشئة ومن ثم يترتب عليها أن تعود آثارها بأثر رجعى إلى تاريخ صدور النص غير الدستورى أو نفاذ الدستور ذاته ، ولتوضيح ذلك رأينا لزما علينا أن نعرض لدراسة الآثار الناجمة عن أحكام القضاء غير الدستورى فى المسائل الدستورية ، فتعرضنا بالدراسة لسلطة المحاكم الأخرى فى بحث جدية الدفع بعدم الدستورية ، ثم لسلطتها فى الاحالة المباشرة للمسألة إلى المحكمة الدستورية العليا ، كما تعرضنا لموقف محكمة النقض بصدد نسخ النصوص السابقة على نفاذ الدستور إذا تعارض الدستور الجديد معها ، وأخيرا درسنا مشكلة الرقابة على الوجود المادى والقانونى للنصوص حيث انتهينا إلى أنه

دون حكم المحكمة الدستورية العليا كان من الممكن للمحاكم الأخرى رفض الاعتراف بالوجود لكافة قوانين وقرارات المجلس المقضى ببطلان تكوينه منذ انتخابه ، لصدورها عن جهة غير مختصة بالتشريع .

وبعد ذلك تناولنا بالدراسة آثار الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ذاتها فى الدعاوى الدستورية ، حيث بينا أولا طبيعة الرقابة التى تمارسها هذه المحكمة وهى رقابة الغاء لقوة نفاذ النص وليست مجرد رقابة امتناع ، ثم شرحنا الأثر الكاشف للحكم الصادر عن هذه المحكمة وعاله من أثر رجعى ، ثم عرضنا للحجية المطلقة لكافة الأحكام الصادرة عنها ، وأخيرا درسنا مسألة تنفيذ هذه الأحكام ودور المحكمة بشأن هذا التنفيذ ، وكل ذلك بالتطبيق على حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه .

" تم بحمد الله وتوفيقه "

محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
١٤٩-٣	تقديم
١٦٢-١٦	الفصل الأول : مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد
١٦٤-١٨	المبحث الأول : دور القضاء الدستوري بصدد المبادئ العامة للقانون
١٦٥-١٩	المطلب الأول : مضمون نظرية المبادئ العامة
١٧١-٢٥	المطلب الثاني : موقف القضاء الدستوري في فرنسا
١٨٣-٣٧	المطلب الثالث : موقف القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية
١٩٤-٤٨	المطلب الرابع : موقف القضاء الدستوري في مصر
٢٠٤-٥٨	المبحث الثاني : نظرية المراكز الفعلية في القانون الدستوري
٢٠٧-٦١	المطلب الأول : مدلول نظرية المراكز الفعلية
٢٠٨-٦٢	المطلب الثاني : الأساس القانوني لنظرية المراكز الفعلية
٢١٧-٧١	المطلب الثالث : تطبيقات نظرية المراكز الفعلية في القانون الدستوري
٢٢٣-٧٧	- الوضع الدستوري لمجلس الشعب في الفترة من ٢٢ أبريل ١٩٨٧ إلى ٣ يونيو ١٩٩٠
٢٢٩-٨٣	الفصل الثاني : آثار الأحكام في المسائل الدستورية
٢٣٢-٨٦	المبحث الأول : أحكام القضاء غير المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية
٢٣٣-٨٧	المطلب الأول : سلطة فحص جدية الدفع بعدم الدستورية
٢٣٩-٩٣	المطلب الثاني : سلطة الإحالة المباشرة لمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا

الصفحة	الموضوع
٢٤٢-٩٦	المطلب الثالث : سلطة القضاء فى فسخ الأحكام المختلفة للدستور
٢٥٢-١٠٦	المطلب الرابع : الرقابة على وجود القوانين واللوائح أو انعدامها
٢٥٧-١١١	المبحث الثانى : آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا فى المسائل الدستورية
٢٥٨-١١٢	المطلب الأول : طبيعة رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح
٢٦٣-١١٧	المطلب الثانى : الأثر الكاشف أو المنشئ للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا
٢٧٤-١٢٨	المطلب الثالث : حجية الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية
٢٧٤-١٢٨	أولا - مدى حجية الأحكام فى المسائل الدستورية
٢٧٥-١٢٩	ثانيا - الأحكام التى تتمتع بالحجية المطلقة فى الدعاوى الدستورية
٢٨٠-١٣٤	ثالثا - الحجية لمنطوق الحكم وأسبابه
٢٨٧-١٤١	المطلب الرابع : تنفيذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية
٢٩٩-١٥٣	خاتمة البحث :

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

